Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Ein Vergleich.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Freiburg i. Br.

vorgelegt von

HARRY STEIN
Referendar in Berlin.

Referent: Dr. Frhr. von Schwerin.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen

lieben

Eltern!

I. Einleitung

Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung weisen in mancherlei Beziehungen Uebereinstimmungen auf. Beide sind Kapitalgesellschaften, deren Stammkapital — bei der A.G. Grundkapital genannt — in Anteile zerlegt ist. Bei beiden können sich die Gläubiger nicht an die einzelnen Gesellschafter, sondern nur an das Gesellschaftsvermögen halten. Das Stammkapital soll gewissermaßen eine nach außen sichtbare Garantieziffer für die Gläubiger darstellen. Das Interesse der Gläubiger gebietet es, daß das Stammkapital möglichst erhalten bleibt. Die Erhaltung des Stammkapitals kann aber — neben vielen anderen Interessen, die im einzelnen noch zu behandeln sind — möglicherweise durch den Erwerb eigener Aktien durch die A.G. bzw. durch den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. gefährdet sein. Deshalb hat sich der Gesetzgeber mit der Frage eines solchen Erwerbs beschäftigt. Es soll nun Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, die Regelung bei der A.G. und bei der G.m.b.H. miteinander zu vergleichen, die Uebereinstimmungen und Verschiedenheiten festzustellen und zu versuchen, die Gründe für diese Verschiedenheiten aufzudecken.

II. Entwicklungsgeschichte des Verbots des Erwerbs eigener Aktien durch die verschiedenen Stadien des HGB hindurch.

Der Gesetzgeber hat des Erwerbs eigener Aktien durch die A.G. und des Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. in der Weise gedacht, daß er den Erwerb grundsätzlich verboten hat. Die maßgebenden Bestimmungen sind § 226 HGB, der durch die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931 völlig neu gefaßt worden ist, und auf der anderen Seite § 33 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beide stellen als Prinzip das Verbot eigener Aktien bzw. eigener Geschäftsanteile auf. Beide lassen aber auch Ausnahmen von dem Verbot zu, die z. T. einer Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des geschäftlichen Verkehrs, z. T. dem Gedanken entspringen, daß eine Schädigung Dritter durch den Erwerb in gewissen Fällen nicht zu befürchten ist.

Der § 33 des G.m.b.H.-Gesetzes ist seit der Entstehung des Gesetzes am 20. April 1892 unverändert geblieben. Dagegen ist die für das Verbot eigener Aktien maßgebende Bestimmung mehrfach abgeändert worden, bis sie die heutige Fassung erhalten hat, so daß man hier schon von einer Entwicklungsgeschichte des Verbots eigener Aktien sprechen kann. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch des Deutschen Bundes vom Jahre 1861 erwähnte den Erwerb eigener Aktien überhaupt nicht. Demnach war es also der Aktiengesellschaft gestattet, eigene Aktien zu erwerben. Gegen diesen Zustand wurden theoretische wie auch praktische Bedenken geltend gemacht.[1]) Der Ankauf eigener Aktien wurde mit dem Wesen der A.G. nicht für vereinbar erklärt; denn da die Aktie eine Berechtigung des Aktionärs an der Gesellschaft darstellt, würde sich beim Erwerb eigener Aktien durch die A.G. der Zustand ergeben, daß einerseits die Gesellschaft eine von den Aktionären zu unterscheidende Person sei, andererseits aber selbst als Aktionär erscheine. Neben diesen mehr konstruktiven Beden-

[1]) Vgl. hierzu Puchelt, Komm. zum ADHGB, § 215, Anm. 5 und die Reichstagsverhandlungen zur Aktienrechtsnovelle von 1870, Bd. 4, S. 558.

ken sah man aber auch ein, daß praktisch durch den Erwerb eigener Aktien sich Unzuträglichkeiten ergeben könnten. Infolgedessen wurde durch eine Novelle vom 11. Juni 1870 der Erwerb eigener Aktien verboten. Im § 215 Abs. 3 ADHGB wurde bestimmt: die A.G. darf eigene Aktien nicht erwerben. Dieses Verbot galt ausnahmslos, und ein verbotswidriger Erwerb hatte die Nichtigkeit des Erwerbs zur Folge.[2]) Man war also von dem einen Extrem, der ausnahmslosen Gestattung, in das andere Extrem, das ausnahmslose Verbot, gefallen. Da beide Regelungen dem praktischen Bedürfnis nicht entsprechen, konnte auch das durch die Novelle ausgesprochene Verbot nicht von langer Dauer sein. Man erkannte bald, daß das ausnahmslose Verbot weit über das Ziel hinausschoß. Die erste Ausnahme von dem Verbot schuf die Rechtsprechung des ROHG[3]), die den Ankauf eigener Aktien zum Zwecke der Amortisation für zulässig erklärte. Doch war das Bedürfnis nach einer neuen gesetzlichen Regelung zu stark, als daß sie noch lange hinausgeschoben werden konnte. Sie erfolgte durch die Aktiennovelle vom 17. Juli 1884, die die Frage des Erwerbs eigener Aktien im § 215 d Abs. 1 neu regelte. Der § 215 d Abs. 1 lautete: „Die A.G. soll eigene Aktien im geschäftlichen Betriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen". Hierdurch wurde den gröbsten Unzuträglichkeiten abgeholfen. Weil die Gesellschaft eigene Aktien nur „im geschäftlichen Betriebe" nicht erwerben sollte, konnte sie immerhin eigene Aktien in außergewöhnlichen Fällen, wie im Wege der Erbfolge, der Schenkung und auch im Wege der Zwangsvollstreckung erwerben. Wichtig ist auch, daß der Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Ausführung einer Einkaufskommission ausdrücklich gestattet war, weil hierbei die A.G. die Aktien doch bald weiter veräußern muß. Vermeiden wolte man aber nur, daß die A.G. eigene Aktien als Vermögensbestand ankauft.

Das neue HGB vom 10. Mai 1897 hat denn auch die Bestimmung des § 215 d Abs. 1 in § 226 Abs. 1 übernommen. Nur an die Stelle der Worte „im geschäftlichen Betriebe" wurden die Worte „im regelmäßigen Geschäftsbetriebe" gesetzt. Dadurch ist aber eine sachliche Aenderung nicht eingetreten, vielmehr ist die Aenderung nur im Hinblick auf § 8 Abs. 4 des Gen.Ges. geschehen (vgl. die Denkschrift zum Entwurf eines HGB von 1896, S. 137). Neu in § 226 HGB war aber der in der Novelle von 1884 noch nicht gemachte Unterschied zwischen voll eingezahlten und nicht voll eingezahlten Aktien. Der § 226 blieb bis zur Novelle vom

[2]) ROHG 17, 381.
[3]) Vgl. Bd. 18, 423.

19. 9. 1931 unverändert bestehen.[4]) Diese Novelle fällt in eine Zeit, in der das gesamte Aktienrecht einer gründlichen Reform unterzogen werden sollte. Diese Reform war aber auf dem ordnungsmäßigen Gesetzgebungswege infolge der politischen Konstellation, die keinen arbeitsfähigen Reichstag brachte, nicht durchzuführen. Andererseits wollte man eine derartig wichtige Aufgabe nicht auf dem Wege der Notverordnung lösen. Deshalb hat man sich vorläufig mit einer kleinen Reform begnügt, durch die die ärgsten Mißstände im deutschen Aktienwesen beseitigt worden sind. Auch der Erwerb eigener Aktien ist dabei neu geregelt worden. Man hatte eingesehen, daß der Ankauf eigener Aktien in vielen Fällen aus einem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis geschieht. Deshalb ist der Kreis der Ausnahmen von dem Verbot erweitert und neuartig gestaltet worden.

Dies sind die Stadien, die das Verbot des Erwerbs eigener Aktien seit der Entstehung des ADHGB durchgemacht hat, und es ist nur zu hoffen, daß die heutige Regelung, die schon jetzt als viel zu kompliziert und unzweckmäßig bekämpft wird, sich den wirtschaftlichen Verhältnissen gewachsen erweist, so daß sie eine längere Lebensdauer hat als manche ihrer Vorgängerinnen.

---

[4]) Auch der der Novelle vorangehende Entwurf des RJM von 1930, § 56 Abs. 1 und 2, wollte den § 226 im wesentlichen unverändert lassen. Es sollte dem § 226 lediglich ein neuer Absatz hinzugefügt werden, der die Zeichnung und den Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft behandelte.

III. Blick auf die ausländische Gesetzgebung.[1])

Der Gedanke des Verbots des Erwerbs eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile ist keine besondere Eigenart des deutschen Rechts, vielmehr haben die schädlichen Wirkungen, die mit solchem Erwerb verbunden sind, fast überall die Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit des Verbots hervorgerufen. Daher finden wir heute in den meisten Gesetzen Bestimmungen, die den Erwerb eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile verbieten. Allerdings ist der Verbotsgedanke nicht überall in der gleichen Weise zur Ausführung gelangt. Es ist im Gegenteil festzustellen, daß fast überall eine andere Modifizierung des Verbots und auch der Ausnahmen von dem Verbot zu finden ist. Es ist ferner festzustellen, daß eine Regelung des Verbots des Erwerbs eigener Aktien in der Art, wie sie jetzt in Deutschland besteht, bisher noch in keinem Lande erfolgt ist.[2]) Schon bei der Frage, was verboten ist, sind für das Aktienrecht die verschiedenartigsten Regelungen getroffen. Jeder Erwerb schlechthin ist verboten z. B. in der Schweiz (Art. 626 des Obligationenrechts), in Bulgarien (Art. 169 des Handelsgesetzes) und in Ungarn (§ 161 des Handelsgesetzes). Dagegen ist in anderen Ländern nur der rechtsgeschäftliche Erwerb verboten, so z. B. in Norwegen (§ 28 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften). Eine noch weitere Begrenzung der Verbotsfälle finden wir in Oesterreich (§ 32 des Allgemeinen Handelsgesetzbuches) und in Schweden (§ 51 des Gesetzes über Aktiengesellschaften), wo nur der entgeltliche Erwerb verboten ist, und am engsten zieht den Kreis Finnland (§ 21 des Gesetzes betr. die Aktiengesellschaften), das nur den Ankauf von eigenen Aktien untersagt.

Ebenso wie die meisten Länder den Erwerb eigener Aktien grundsätzlich verbieten, so führen sie auch Fälle an, in denen der Erwerb ausnahmsweise gestattet ist. Auch hier sind die Regelungen in den verschiedenen Ländern recht mannigfach. So wird in vielen Ländern, z. B. in Oesterreich, in der Schweiz, in Liech-

[1]) Vgl. hierzu Hallstein, Aktienrechte der Gegenwart, S. 202—204.
[2]) Rosendorff, S. 284.

tenstein, Ungarn, Bulgarien, Mexico, Norwegen, Dänemark, Griechenland der Erwerb eigener Aktien gestattet, wenn er zum Zwecke der Herbabsetzung des Grundkapitals erfolgt. Mit Ausnahme von Ungarn, Bulgarien und Mexico gestatten die eben aufgezählten Länder den Erwerb auch, wenn er im Wege der Zwangsvollstreckung wegen Forderungen der Gesellschaft erfolgt. Bei voll eingezahlten Aktien gestattet den Erwerb, wenn er aus dem Reingewinn erfolgt und die Generalversammlung zustimmt, Italien, Argentinien, Mexico und die Türkei. Der Erwerb für die Amortisation schlechthin ist in Polen erlaubt; wenn er aus dem Reingewinn erfolgt, auch in Spanien und Brasilien, und wenn ihn die Satzung zuläßt, auch in Oesterreich und in der Schweiz.[3])

Ebenso verschieden wie die Verbotsfälle sind auch die Folgen des verbotswidrigen Erwerbs geregelt, und auch in den einzelnen Ländern wird noch zwischen verschiedenen Erwerbsfällen unterschieden. Z. T. hat der verbotswidrige Erwerb gar keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Erwerbs, z. T. bewirkt er Anfechtbarkeit, z. T. auch Nichtigkeit des Erwerbs.

Bei der G.m.b.H. ist die Sachlage insofern eine andere, als die G.m.b.H. eine verhältnismäßig junge Gesellschaftsform ist, die bei weitem nicht so verbreitet ist wie die A.G. Außer in Deutschland ist sie noch in Oesterreich, Ungarn, Tschechoslowakei, Polen, Frankreich, Argentinien, Portugal, Liechtenstein, Bulgarien und Rußland geregelt, während in Belgien, Italien, der Schweiz und Spanien eine gesetzliche Regelung angestrebt wird und durch Entwürfe auch schon vorbereitet ist.[4])

Zuerst ist die G.m.b.H. in Deutschland Gegenstand gesetzlicher Regelung geworden. Nur langsam breitete sie sich aus. Oesterreich ist durch ein Gesetz vom 6. März 1906 im wesentlichen dem Deutschen Recht gefolgt. Auch dieses Gesetz verbietet in § 81 den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. Es läßt ihn nur ausnahmsweise „im Exekutionswege zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft" zu. Im übrigen ist er „verboten und wirkungslos". Dasselbe wie für Oesterreich gilt auch für die Tschechoslowakei, da das österreichische Gesetz hier übernommen worden ist. Das bulgarische Gesetz vom 8. Mai 1924, Art. 99, lautet im wesentlichen wie § 81 des österreichischen Gesetzes, gestattet aber darüber hinaus noch den Erwerb zum Zwecke der Amortisation. Eine sehr enge Anlehnung an das deutsche Recht weisen auch das portugiesische Gesetz über die G.m.b.H. vom 11. April 1901 in Art. 24 und das Liechtenstein'sche Zivilgesetzbuch vom 20. Januar 1926 im 3. Teil, Personen- und Gesellschaftsrecht, Art. 418 auf. Sowohl in Portugal wie auch

[3]) Ueber weitere Einzelheiten und Sonderbestimmungen vgl. Hallstein a. a. O.

[4]) Vgl. Wieland, S. 271, und Feine, S. 28 ff.

in Liechtenstein darf die G.m.b.H. nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile nicht erwerben, in Liechtenstein mit der Ausnahme, daß es sich um einen Erwerb im Zwangsvollstreckungswege zur Befriedigung eigener Forderungen der Gesellschaft handelt. Voll eingezahlte Geschäftsanteile darf die Gesellschaft in beiden Ländern — ebenso wie in Deutschland — erwerben, wenn der Erwerb mit Mitteln geschieht, die über dem Betrag des Stammkapitals hinaus vorhanden sind. Das deutsche Vorbild ist also hier in weitgehendem Maße übernommen worden; in gleicher Weise ist das Deutsche Recht vom Schweizer Entwurf § 820 übernommen worden.

Einige andere Gesetze erwähnen den Erwerb eigener Geschäftsanteile überhaupt nicht, so die polnische Verordnung vom 8. Februar 1919 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Französische Gesetz zur Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 7. März 1925, das Russische Zivilgesetzbuch von 1922, das in den Art. 318—320 die G.m.b.H. sehr dürftig regelt, und auch das neueste Gesetzgebungswerk über die G.m.b.H., das Argentinische Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 29. September 1932. Mangels einer besonderen Bestimmung ist davon auszugehen, daß in diesen Ländern der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. gestattet ist.

IV. Gründe für und wider das Verbot bei der A.G. und der G.m.b.H.

Für das Verbot des Erwerbs eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile lassen sich eine Reihe von Gründen anführen, die teilweise für beide Gesellschaftsformen zutreffen, teilweise aber nur bei der A.G. vorhanden sind. Die Ueberzeugung von der Notwendigkeit des Verbots ist aber keineswegs eine allgemeine. Doch wird man bei der Abwägung der nachstehend aufgeführten Gründe für und gegen das Verbot zu der Ansicht gelangen müssen, daß gegenüber den zahlreichen Gründen für das Verbot die wenigen, die dagegen sprechen könnten, nicht beachtlich ins Gewicht fallen können, so daß das Verbot bei beiden Gesellschaftsformen als gerechtfertigt anzusehen ist, sofern es nur für bestimmte Fälle, die den Erwerb als wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen lassen, Ausnahmen zuläßt.

Die A.G. wie die G.m.b.H. sind in der Lage, eigene Aktien bzw. eigene Geschäftsanteile zu erwerben, weil sie erstens juristische Personen und als solche rechtsfähig sind und weil zweitens ihr Bestand durch einen Mitgliederwechsel nicht berührt wird.[1]) Sie können daher eigene Anteile ebenso wie andere Wertpapiere erwerben, obwohl es eigentlich ein Widerspruch zu sein scheint, daß die Gesellschaft Mitglied ihrer selbst wird. Es wird denn auch heute häufig von der Möglichkeit, eigene Aktien bzw. eigene Geschäftsanteile, besonders aber eigene Aktien zu erwerben, Gebrauch gemacht.

Die Aktien, die die A.G. besitzt, hat sie entweder von Anfang an oder sie erwirbt sie erst später. Natürlich kann die A.G. die von ihr emittierten Aktien nicht selbst zeichnen; aber um denselben Erfolg herbeizuführen, werden die Aktien von Dritten (Bank, Konsortium), die der Gesellschaft nahestehen, übernommen, denen die Gesellschaft den Betrag entweder zur Verfügung stellt oder stundet.[2]) Auf diese Weise werden die sog. Verwaltungsaktien (Vorrats- oder Verwertungsaktien) geschaffen.

[1]) Brodmann, Komm. zum Aktienrecht, S. 226, 1a.
[2]) Pinner, Aktiennovelle und Bankenaufsicht, S. 14.

Die zeichnenden Dritten sind verpflichtet, den Anweisungen der Gesellschaft hinsichtlich der Benutzung der Aktien Folge zu leisten. Die Schaffung solcher Aktien kann für die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger die schwersten Schäden herbeiführen. Denn die Gesellschaft emittiert hier Aktien, ohne daß ihr hierfür in irgendeiner Form ein Gegenwert zufließt. Dies geschieht erst dann, wenn die übernehmenden Dritten die so erhaltenen Aktien weiterveräußern. Bei dieser Weiterveräußerung fehlt es aber an der sonst bei der normalen Emission vorhandenen Kontrolle durch die Generalversammlung und das Registergericht.[3]) Infolgedessen glaubt der Entwurf des RJM mit Recht, die Schaffung solcher Verwaltungsaktien bekämpfen zu müssen. Er tut dies dadurch, daß er in § 41 bestimmt, daß der Zeichner einer Aktie sich nicht darauf berufen kann, daß er die Aktien nicht für eigene Rechnung übernommen habe. Ob durch diese Bestimmung, die im übrigen schon nach geltendem Recht anerkannt wird, und zwar mit der Begründung, daß die Zeichnung eine Erklärung an die Oeffentlichkeit sei und schon deshalb die angegebene Einwendung ausschließe[4]), das gesteckte Ziel erreichen wird, mag zweifelhaft sein; sie ist aber als gesetzgeberischer Versuch, die Unsitten im Aktienwesen zu bekämpfen, zu begrüßen.

Wenn die A.G. nachträglich eigene Aktien erwirbt, so geschieht dies meistens aus folgenden Gründen. In den letzten Jahren ist der Erwerb von eigenen Aktien zum Zwecke der Kursstützung in den Vordergrund getreten. Es ist klar, daß bei starker Nachfrage und entsprechend eintretender Knappheit die Aktien im Kurse steigen. Daß die A.G. selbst als Käufer auftritt, ist, wenn Mittelspersonen vorgeschoben werden, für Dritte nicht zu erkennen. Die Kursstützung mag im Anfang nicht das Motiv des Erwerbs eigener Aktien gewesen sein, sondern höchstens eine nicht unerwünschte, ja sogar angenehme Nebenerscheinung des Erwerbs. Allmählich, bei dauerndem Sinken der Kurse ist aber der Erwerb oft lediglich zum Zwecke der Kursstützung erfolgt.[5]) Ein weiterer praktisch wichtiger Grund ist der Erwerb zum Zwecke der Bilanzkorrektur.[6]) Bei schlechter Lage der Gesellschaft, wenn die Aktien unter pari stehen, kauft die Gesellschaft ihre Aktien zu dem niedrigen Kurs. Wenn die Aktien dennoch weiter fallen, zieht die Gesellschaft die erworbenen Aktien ein. Dieser Erwerb wirkt sich dann in der Bilanz so aus, daß die Aktiven um einen viel geringeren Betrag gesenkt werden als die Passiven, weil das Grundkapital, das auf der Passivseite steht, um den vollen Nennbetrag der erworbenen Aktien gesenkt wird. Dadurch wird das Verhältnis der Aktivseite zur Passivseite in einem für die Bilanz

[3]) Pinner, a. a. O.
[4]) Vgl. Staub-Pinner, § 182, Anm. 12, und § 189, Anm. 25.
[5]) Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 11.
[6]) Mellinger, Die Bank 1931, S. 357.

günstigen Sinne beeinflußt, obwohl eine wirklich günstigere wirtschaftliche Lage der Gesellschaft meist gar nicht vorhanden sein wird. Schließlich ist noch als praktisch wichtiger Erwerbsgrund, der auch für durchaus gut fundierte Gesellschaften in Frage kommt, der Erwerb zum Zwecke der Schaffung von Verwaltungsaktien zu erwähnen, d. h. von Aktien, die zur Verfügung der Gesellschaft stehen, sei es, daß die Gesellschaft sie selbst behält, sei es, daß sie sie an Leute weitergibt, die den Weisungen der Gesellschaft Folge zu leisten verpflichtet sind. Solche Aktien werden von Gesellschaften oft erworben, um Material zu haben für den Austausch im Falle der Verflechtung mit anderen Gesellschaften oder zur Einlösung von Wandelanleihen (convertible bonds) oder zu anderen wirtschaftlich ertragreichen Zwecken.[7])

Für die G.m.b.H. können die eben angegebenen Motive beim Erwerb eigener Geschäftsanteile keine Rolle spielen. Da die Geschäftsanteile nicht an der Börse gehandelt werden, kommt auch kein Sinken der Kurse und damit auch kein Erwerb zum Zwecke der Kursstützung und Bilanzkorrektur in Betracht.[8]) Infolge der meist geringen Anzahl von Gesellschaftern und des damit zusammenhängenden engeren persönlichen Verhältnisses der Gesellschafter untereinander ist auch eine ähnliche Institution wie die Verwaltungsaktie nicht vorhanden. Demnach kann ein Erwerb eines Geschäftsanteiles für die G.m.b.H. nur dann in Betracht kommen, wenn ein Gesellschafter ausscheidet und die G.m.b.H. eine Vermögensanlage erwerben will oder wenn die Mehrzahl der Gesellschafter verhindern will, daß an die Stelle eines ausscheidenden Gesellschafters ein ihr nicht genehmer neuer Gesellschafter tritt, und einer der bisherigen Gesellschafter den Anteil des Ausscheidenden nicht übernehmen kann oder übernehmen will.

Nachdem die in der Praxis in Frage kommenden Motive für den Erwerb eigener Aktien und den Erwerb eigener Geschäftsanteile dargestellt worden sind, sollen die Gründe angeführt werden, die das Verbot des Erwerbs eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile gerechtfertigt erscheinen lassen sowie die Argumente, die gegen das Verbot vorgebracht worden sind. Während der Erörterungen zum Aktienrechtsentwurf von 1931 ist von verschiedenen Seiten der Vorschlag gemacht worden, von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien überhaupt abzusehen und nur das Stimmrecht ruhen zu lassen.[9]) Gegen das Verbot wurde geltend gemacht, daß hierdurch auch der Erwerb eigener Aktien zum Zwecke des Kursausgleichs oder der Kapitalzusammenziehung, der sich volkswirtschaftlich nützlich auswirkte, unter-

[7]) Ruth, S. 29.
[8]) Feine, S. 413.
[9]) Vgl. Quassowski, JW 1931, S. 2919.

bunden würde. Ferner sei aber auch das Verbot zwecklos, weil es durch Einschaltung Dritter leicht umgangen werden könnte.[10]) Schließlich ist der nur für den § 226 in seiner alten Fassung zu berücksichtigende Einwand geltend gemacht worden, daß der Ankauf größerer Pakete eigener Aktien doch außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs liege, und es sei doch nur der Erwerb im regelmäßigen Geschäftsbetrieb verboten.

Der letztgenannte Einwand kann infolge der neuen Fassung des § 226 jetzt nicht mehr erhoben werden. Den beiden anderen ist aber ein gewisses Maß von Berechtigung nicht abzusprechen. Der Erwerb zum Zwecke der Kursstützung kann zwar für die Oeffentlichkeit ein falsches Bild über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens hervorrufen, kann aber andererseits auch zur Erhaltung eines für die Allgemeinheit vielleicht wichtigen und wertvollen Unternehmens beitragen. Wenn der Erwerb zur Einziehung erfolgt, so kann die Gesellschaft dadurch, daß das Grundkapital verringert wird, wieder in die Lage kommen, Dividende auszuschütten, und damit wird den gegenwärtigen und künftigen Aktionären der Gesellschaft geholfen. Die leichte Umgehung des Verbots durch Einschaltung von Dritten ist zwar auch zuzugeben, doch ist dies bei sehr vielen gesetzlichen Verboten der Fall, und das kann für den Gesetzgeber kein Grund sein, durch Fallenlassen des Verbots den Erwerb zu begünstigen.

Gegen das Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. käme nur einer der angeführten Einwände in Betracht, nämlich der der leichten Umgehungsmöglichkeit; es gilt hier dasselbe wie das bei der A.G. Gesagte. Es ist jedenfalls nicht zu verkennen, daß bei der A.G. beachtliche Gründe gegen das Verbot sprechen. Doch wie gleich zu zeigen sein wird, sind die Gründe für das Verbot mindestens eben so beachtlich und bei weitem in der Ueberzahl. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Berücksichtigung des Für und Wider eine möglichst allen Interessen gerechtwerdende Regelung zu schaffen.

Für das Verbot sprechen bei der A.G. die verschiedensten Gründe. Diese Gründe sind teils juristisch-konstruktiver, größtenteils aber wirtschaftlicher Natur. Aus ihnen geht hervor, daß der Erwerb eigener Aktien Gefahren für die Gesellschaft, die Aktionäre und für Gläubiger mit sich bringt, ja sogar für künftige Aktionäre und für künftige Gläubiger.

Zu den Gründen, die sich für ein Verbot des Erwerbs eigener Aktien aus juristisch-konstruktiven Bedenken anführen lassen, gehört, daß nach dem Willen des Gesetzes die Gesellschafter in voller Höhe am Grundkapital beteiligt sein sollen. Dies geht aus den

[10]) Vgl. auch Mellinger, Die Bank 1931, S. 357.

Bestimmungen der §§ 178, 188, 195 Abs. 2 und 284 HGB hervor.[11]) Ein davon abweichender Zustand widerspreche dem Wesen der Aktiengesellschaft. Es ist zuzugeben, daß nach dem Willen des Gesetzes der Besitz von Aktien durch die Gesellschaft selbst als ein vom Normalen abweichender Zustand anzusehen ist. Dennoch würde ein Widerspruch mit dem Wesen der A.G. noch nicht unbedingt zu verurteilen sein, wenn nicht in diesem Widerspruch gleichzeitig ein schädlicher Zustand zu sehen wäre. Es ist ferner behauptet worden, daß der entgeltliche Erwerb eigener Aktien schon deswegen zu verwerfen sei, weil die A.G. hierbei etwas aus ihrem Vermögen weggebe, ohne einen Gegenwert zu erhalten. Denn sie erwerbe ja nur eine Beteiligung an einem Vermögen, das ihr bereits völlig gehört.[12]) Das ist m. E. eine wenig wirtschaftliche Betrachtungsweise. Denn es kann sehr wohl einen Sinn haben, wenn ich eine Beteiligung an einem Vermögen erwerbe, das mir bereits gehört. Dadurch, daß ein anderer an meinem Vermögen in irgendeiner Form beteiligt ist, ist mir die freie Verfügungsmacht insoweit entzogen. Wenn ich mir die freie Verfügungsmacht wieder verschaffe, so erwerbe ich etwas Neues zu meinem bisherigen Vermögen hinzu. Der Fall liegt ganz ähnlich, wie wenn ich eine Sache habe, die mit einem Pfandrecht belastet ist, und ich bezahle dem Pfandgläubiger etwas dafür, daß er auf sein Pfandrecht verzichtet. Ebenso wie es hier durchaus einen Sinn hat, für die Befreiung der Belastung etwas zu bezahlen, ist dies auch der Fall, wenn die A.G. eigene Aktien erwirbt. Denn durch den Erwerb wird der Einfluß Dritter auf das Vermögen der A.G. verringert. Es ist also nicht richtig, wenn man sagt, die A.G. erwerbe mit dem Erwerb eigener Aktien nichts. Für das Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. können dieselben Gründe angeführt werden, sie können aber auch mit denselben Gründen zurückgewiesen werden.

Auch ein weiterer Grund, der allerdings wohl nur für die A.G. wesentlich in Betracht gezogen werden kann, scheint mir nicht erheblich zu sein, nämlich die häufige Ausschaltung von Minoritäten[13]); denn dies ist keine dem Erwerb eigener Aktien eigenartige Folge. Das kann ebenso dadurch geschehen, daß ein oder mehrere Aktionäre sich die Aktienmajorität verschaffen. Als allgemein wirtschaftlicher Gesichtspunkt wird ferner angeführt, daß durch den Erwrb die Liquidität der Gesellschaft beeinträchtigt wird.[14]) Die Entwicklung der letzten Jahre, insbesondere die Bankenkrise des Sommers 1931, hat bewiesen, daß dieser Gesichtspunkt mit Recht geltend gemacht wird. Es hat sich nämlich gezeigt, daß

[11]) Neufeld, JW 1931, S. 3041.
[12]) Brodmann, § 226, 1a; Quassowski, JW 1931, S. 2919; Rheinstrom, § 226, I, 2b.
[13]) Quassowski, JW 1931, S. 2919; Rheinstrom, § 226, I, 2a.
[14]) Fischer, S. 164; Ruth, S. 24.

bei vielen A.G. ein ganz erheblicher Besitz an eigenen Aktien vorhanden war.[15]) So hatte z. B. bis zum Ende des Jahres 1930 die Deutsche Bank und Disconto-Gesellschaft für über 23 Millionen Reichsmark eigene Aktien erworben, die I. G. Farbenindustrie A.G. für etwa 50 Millionen Reichsmark.[16]) Zu Beginn des Einsetzens der Welle des Ankaufs eigener Aktien Ende 1930 wurden zum Ankauf hauptsächlich Mittel verwendet, die infolge des schlechten Geschäftsgangs überflüssig geworden waren. Gleichzeitig wurde durch den Erwerb der Kurs häufig gehoben. Die Kursstützung wurde dann für viele Gesellschaften das Motiv zum Erwerbe eigener Aktien.[17]) Als dann, insbesondere durch zahlreiche Abhebungen bei den Großbanken, bares Geld gebraucht wurde, zeigte sich, daß durch den Erwerb eigener Aktien die Liquidität der Gesellschaften stark beeinträchtigt worden war. Der Gesichtspunkt der Schwächung der Liquidität der Gesellschaft ist daher ein wesentlicher Grund, der das Verbot des Erwrebs eigener Aktien rechtfertigt.

Außerdem sind eine ganze Reihe anderer Gründe vorhanden, die unbedingt das Verbot rechtfertigen. Die für die Gläubiger beim Erwerb eigener Aktien vielleicht größte Gefahr liegt darin, daß im entgeltlichen Erwerb — jedenfalls praktisch — eine Rückzahlung von Grundkapital liegt, es sei denn, daß die Bezahlung aus dem Reingewinn oder aus Reserven erfolgt.[18]) Mit der Verringerung des zur Erhaltung des Grundkapitals erforderlichen Vermögens kann für die Gläubiger, die auf einen Bestand in Höhe des Grundkapitals vertrauen, schwerer Schaden entstehen, da ihre Forderungen jetzt unter Umständen gar nicht oder nur sehr schwer zu realisieren sind. Aber selbst wenn in dem entgeltlichen Erwerb noch keine Rückzahlung von Grundkapital liegt, kann eine Herabsetzung doch durch eine im Anschluß hieran erfolgende Einziehung eintreten.[19]) Dasselbe den Interessen der Gläubiger schädliche Ergebnis ist zu beobachten, wenn Aktien erworben werden, auf die der Akitonär noch nicht die volle Einzahlung geleistet hat. Für diesen Fall treffen Forderung und Schuld in einer Person zusammen.[20]) Da jedenfalls die rückständige Einlage nicht bezahlt wird, sind die Gläubiger ebenso gefährdet, wie wenn die Einlage zum Teil zurückgezahlt wird.

Für die G.m.b.H. ergeben sich in dieser Hinsicht genau die

---

[15]) v. Gierke, S. 382.
[16]) Rosendorff, S. 280.
[17]) Flechtheim, Bank-Archiv 1931, S. 11.
[18]) Quassowski, JW 1931, 2919; Neufeld, JW 1931, 3040; Staub-Pinner, Nachtrag, Einführung zu den §§ 226, 227; Weisbart in Ring-Schachian, S. 450; Hachenburg, Festschrift für Cohn, S. 82; Lehmann-Hirsch, § 226, 2; Staub-Hachenburg, Einleitung zu § 33.
[19]) Quassowski, JW 1931, 2919.
[20]) Quassowski, a. a. O.

gleichen Erscheinungen, nur daß an die Stelle des Grundkapitals das Stammkapital tritt.[21]) Auch hier liegt es im Interesse der Gläubiger, daß das Stammkapital erhalten bleibt, daß also nichts zurückgezahlt wird, bzw. daß alle rückständigen Einlagen auf das Stammkapital voll eingezahlt werden.

Daneben bringt der Erwerb eigener Aktien — für den Erwerb eigener Geschäftsanteile ist das folgende nur von ganz untergeordneter Bedeutung — Gefahren für die gesamte Oeffentlichkeit. Denn durch den Erwerb eigener Aktien im größeren Ausmaße findet oft eine Kursbeeinflussung statt, die der tatsächlichen Lage der Gesellschaft nicht entspricht.[22]) Sehr häufig wird mit dem Erwerb eigener Aktien auch eine größere Nachfrage nach diesen Aktien von anderer Seite und damit ein Ansteigen der Kurse verbunden sein. Dieses Ansteigen beruht aber nicht auf einer wirtschaftlich verbesserten Lage der Gesellschaft, sondern ist hervorgerufen durch ein von der Gesellschaft ausgeführtes Manöver. Daß durch dieses Manöver die Erwerber von Aktien und die hinzutretenden Gläubiger der Gesellschaft schwer geschädigt werden können, liegt auf der Hand.

Gelingt es aber nicht einmal, den Kurs der Aktien im günstigen Sinne beeinflussen, dann erleidet die Gesellschaft einen Verlust, von dem wiederum die Aktionäre und Gläubiger mittelbar betroffen werden. Der Verlust liegt darin, daß die erworbenen Aktien entweder zu einem geringeren Kurse weiter veräußert werden müssen oder überhaupt nicht abzustoßen sind.[23])

Auf der gleichen Ebene liegt der Erwerb zum Zwecke der Bilanzkorrektur. Auch hier wird eine Täuschung der Oeffentlichkeit über die wahre Lage der Gesellschaft und eine Schädigung künftiger Aktionäre und Gläubiger hervorgerufen. Die Täuschung wird dann herbeigeführt, wenn trotz des Erwerbs ein weiteres Sinken der Kurse nicht verhindert werden kann. In diesem Falle ist die Gesellschaft nach § 261 HGB verpflichtet, die erworbenen Aktien mit dem neuen niedrigeren Börsenkurs in die Bilanz aufzunehmen, so daß sich also ein auch dem wirklichen Verlust entsprechender bilanzmäßiger Verlust ergibt. Um den erlittenen Verlust aber nicht bilanzmäßig in die Erscheinung treten zu lassen, wird die A.G. in der schon oben geschilderten Weise die erworbenen Aktien einziehen.[24]) Dadurch wird die Aktivseite, bei der nur der jetzige Wert der Aktien abgeschrieben wird, um einen viel geringeren Betrag gesenkt als die Passivseite, bei der der Nennwert der Aktien vom Grundkapital abgeschrieben wird. Es wird

[21]) Staub-Hachenburg, Einleitung zu § 33; Scholz, § 33, I; Unger, S. 19; Becker, Rundsch. G.m.b.H. 1924, 479.
[22]) Fischer, S. 164; Ruth, S. 24.
[23]) Ruth, S. 24.
[24]) Mellinger, Die Bank 1931, S. 359.

durch eine solche Bilanz oft der Eindruck hervorgerufen, als ob die Gesellschaft sogar einen Gewinn gemacht hat, nämlich dann, wenn die Gesellschaft die Aktien zu einem unter pari liegenden Kurse erworben hat. Es wird also ein von der wahren Sachlage völlig abweichendes Bild gegeben. Denn in Wirklichkeit hat sich sowohl die Stellung der Aktionäre wie die der Gläubiger verschlechtert. Der Rückkauf der Aktien hat somit für beide sehr nachteilige Folgen gehabt.

Daneben pflegt der Erwerb eigener Aktien noch einige andere ungesunde Erscheinungen mit sich zu bringen. Es besteht die Gefahr, daß den der Verwaltung nahestehenden Aktionären die Aktien zu einem über dem Börsenkurs liegenden Preise abgenommen werden.[25]) Dann aber liegt oft in dem Erwerb eine — wenn auch nicht immer beabsichtigte — Bevorzugung der Aktionäre, denen die Aktien abgenommen werden.[26]) Denn während diese ihre Aktien zu einem guten Preise veräußern können, ist den anderen die Weiterveräußerung mitunter überhaupt nicht möglich oder nur zu einem viel geringeren Preise; oft werden sie sich sogar mit der Liquidationsquote begnügen müssen. Dieser Grund, die Begünstigung der ausscheidenden Gesellschafter ist übrigens auch für das Verbot bei der G.m.b.H. bedeutsam.[27])

Alles Vorstehende hat gezeigt, daß der Erwerb eigener Aktien durch die A.G. und der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. schwere Gefahren mit sich bringt. Diese Gefahren sind bei der A.G. noch bedeutend größer und mannigfacher als bei der G.m.b.H. Jedenfalls ist das grundsätzliche Verbot bei beiden Gesellschaftsformen zu billigen. Da aber der Erwerb eigener Aktien mitunter wirtschaftlich zu rechtfertigen ist, namentlich wenn er zum Zwecke der Kursstützung oder zur Kapitalverringerung geschieht, müssen diesen Gesichtspunkten rechnungtragende Ausnahmen zugelassen werden.

---

[25]) Mellinger, a. a. O.
[26]) Quassowski, JW 1931, S. 2919; Ruth, S. 24.
[27]) Vgl. Feine, S. 413.

V. Die Durchführung des Verbots.

Vor der Novelle stellte der § 226 HGB eine Sollvorschrift dar, nach der die A.G. eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe weder erwerben noch zum Pfande nehmen sollte, wenn nicht eine Einkaufskommission ausgeführt werden sollte. Die Auslegung dieser Vorschrift bereitete große Schwierigkeiten, da man sich über die Bedeutung des Begriffs „regelmäßiger Geschäftsbetrieb" durchaus nicht einig war. Es wurden in dieser Hinsicht eine ganze Reihe verschiedener Ansichten vertreten, von denen im folgenden die wichtigsten aufgezählt werden sollen. Das Reichsgericht[1]) vertrat die Ansicht, daß solche Geschäfte außerhalb des Rahmens des regelmäßigen Geschäftsbetriebs lägen, welche bei einer sonst auf andere Geschäfte gerichteten Tätigkeit ausnahmsweise abgeschlossen würden. Dagegen bestritten Staub-Pinner[2]) ganz entschieden, daß es auf den sonstigen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft ankomme, vielmehr komme es auf den Zweck des Geschäfts an. Ist dieser nämlich unmittelbar darauf gerichtet, durch den Erwerb ein gewinnbringendes Geschäft zu machen, dann sollte der Erwerb innerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs liegen. Anders sollte es aber dann sein, wenn die Gesellschaft die Aktien zur Abwendungn eines Schadens von der Gesellschaft erwirbt. Eine noch engere Grenze des regelmäßigen Geschäftsbetriebs zieht Mellinger[3]), der behauptet, daß nur dann der Erwerb eigener Aktien gestattet sei, wenn es sich um eine Aktienbank handelt, die regelmäßig den An- und Verkauf von Aktien betreibt. Schließlich sei noch die Ansicht von Brodmann[4]) und Makower[5]) erwähnt, die es überhaupt nicht für richtig halten, eine Definition des regelmäßigen Geschäftsbetriebs zu geben, sondern sich mit einer Einzelaufzählung der Fälle begnügen, in denen der Erwerb eigener Aktien erlaubt ist.

Es war schon unter der Herrschaft des alten Rechts ziemlich müßig, sich mit dieser Streitfrage zu beschäftigen, denn die Ak-

[1]) RGZ 85, S. 331.
[2]) Staub-Pinner, § 226, 2b, α
[3]) Mellinger, Die Bank 1931, S. 357.
[4]) Brodmann, § 226, 3a.
[5]) Makower, § 226, Ic.

tiengesellschaften setzen sich in der Praxis über die Bestimmung des § 226 hinweg, da sie den Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetrieb sehr eng auslegten.[6]) Heute ist durch die Novelle diese Streifrage weggefallen, da der Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetriebs vermieden worden ist. Vielmehr sind bei grundsätzlichem Verbot des Erwerbs eigener Aktien genau geregelte Ausnahmefälle aufgezählt.

Verboten ist der Erwerb eigener Aktien und eigener Interimsscheine. Das Gesetz hat hier die Objekte des Erwerbsverbots erschöpfend aufgezählt. Nicht verboten ist daher der Erwerb von Schuldverschreibungen, die die Gesellschaft ausgegeben hat, ferner ist nicht verboten der Erwerb von Genußscheinen und schließlich auch nicht der Erwerb von Dividendenscheinen eigener Aktien.[7])

Es muß sich um eigene Aktien bzw. eigene Interimsscheine handeln. Eigene Aktien sind solche, die von der A.G. selbst geschaffen sind, sei es bei der Gründung der Gesellschaft, sei es bei einer Kapitalerhöhung. Eine Definition des Begriffs „eigene Aktien" ist im Gesetz nicht zu finden. Insbesondere ist sie nicht im § 260a Abs. 3 Nr. 2 HGB zu finden, wie Netter[8]) meint. Diese Bestimmung sagt nur, daß in dem Geschäftsbericht Angaben zu machen sind über den Bestand von eigenen Aktien, die ihr oder einem anderen für ihre Rechnung gehören. Der Relativsatz sagt aber nicht, was eigene Aktien sind, sondern setzt den Begriff der eigenen Aktien voraus. § 260a Abs. 3 Nr. 2 beschäftigt sich mit einer Art von eigenen Aktien. Deshalb ist es auch nicht richtig, einen scharfen Trennungsstrich zu ziehen zwischen eigenen Aktien, Vorratsaktien und gebundenen Aktien. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen eigenen Aktien, die der Gesellschaft gehören, solchen, die die Gesellschaft als Vorratsaktien besitzt, und solchen, die gebundene Aktien sind.[9]) Es ist zwar richtig, daß die Schaffung von Vorratsaktien kein Erwerb eigener Aktien ist[10]), aber nicht deshalb, weil Vorratsaktien begrifflich nicht eigene Aktien sein können, sondern deshalb, weil die Schaffung von Vorratsaktien kein Erwerb eigener Aktien ist, wie unten noch zu zeigen sein wird. Statt zu sagen: „Eigene Aktien sind nicht echte Vorratsaktien und nicht gebundene Aktien"[11]), müßte es genauer heißen: Erwerb eigener Aktien ist nicht die Schaffung echter Vorratsaktien und nicht die Schaffung gebundener Aktien.[12])

---

[6]) Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 11; Mellinger, Die Bank 1931, S. 357.
[7]) Neufeld, § 226, Anm. 2; Brodmann, § 226, Anm. 5b.
[8]) Netter, ZBH 1931, 242.
[9]) Horrwitz-Ullmann, § 226, Anm. 3.
[10]) Netter, ZBH 1931, 241; Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 12.
[11]) Goldschmidt, § 226, 2, II A.
[12]) Etwas anderes sagt auch Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 12, nicht, auf den sich Goldschmidt beruft.

Denn Erwerb im Sinne des § 226 ist nur der derivative, d. h. der abgeleitete Erwerb von Aktien, die vorher anderen Personen gehörten.[13]) Ein anderer Erwerb kann nicht gemeint sein, denn die A.G. kann nicht selbst Aktien zeichnen — das wäre der originäre Erwerb —, die sie bei der Gründung oder bei einer Kapitalserhöhung selbst ausgibt.[14]) Ferner ist mit dem Erwerb auch nur, wie in den anderen Gesetzen, das dingliche, nicht aber das obligatorische Geschäft gemeint.[15]) Wie weit das Verbot des dinglichen Geschäfts auf die Gültigkeit des obligatorischen Geschäfts Einfluß hat, wird noch zu behandeln sein.

Die Frage der Wirksamkeit einer Verpflichtung zum Erwerbe von Aktien, deren Erwerb nach dem Gesetz verboten ist, ist nicht in allen Fällen gleichmäßig zu behandeln. Das liegt daran, daß das Gesetz die Folgen eines verbotswidrigen Erwerbs verschieden geregelt hat, je nachdem, ob der Nenn- bzw. der Ausgabebetrag voll eingezahlt ist oder nicht. In einigen Fällen zieht nämlich der Erwerb eigener Aktien Nichtigkeit des Erwerbs nach sich, in anderen aber wird die Gültigkeit des dinglichen Erwerbsakts durch das gesetzliche Verbot nicht berührt. Der Unterschied, der bei der Behandlung der Wirksamkeit des zum Erwerb eigener Aktien verpflichtenden Geschäfts gemacht werden muß, beruht entsprechend darauf, ob der auf Grund dieses Geschäfts vollzogene Erwerb nichtig oder gültig ist.

Wenn das dingliche Geschäft unwirksam ist, dann ist auch das obligatorische Geschäft unwirksam. Denn es wäre sinnlos, wenn das Gesetz den Erwerbsakt für unwirksam erklärt, durch die Annahme der Gültigkeit des Kausalgeschäfts den Erfolg herbeizuführen, den der Gesetzgeber gerade vermieden wissen will. Hier muß § 134 BGB eingreifen, der die Nichtigkeit auch des obligatorischen Geschäfts herbeiführt.[16])

Nicht so einfach liegt der Fall, wenn das Gesetz zwar den Erwerb eigener Aktien verbietet, den dennoch vollzogenen Erwerb aber gültig sein läßt, obwohl im Abs. 1 des § 226 gesagt ist, daß die Gesellschaft eigene Aktien nicht erwerben „darf", während bei

---

[13]) Neufeld, § 226, Anm. 1; Staub-Pinner, § 226, Anm. 12; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 3.

[14]) § 226 kommt aber dann zur Anwendung, wenn die echten Vorratsaktien an die Gesellschaft weiterveräußert werden, weil hier schon ein derivativer Erwerb vorliegt. (Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 3a; Netter, ZBH 1931, S. 242.)

[15]) Brodmann, § 226, Anm. 1b; Neufeld, § 226, Anm. 2.

[16]) Schmulewitz, Verwaltungsaktie, S. 95; Lehmann-Hirsch, § 226, Anm. 60.

Gültigkeit trotz Verbots gewöhnlich „soll" gesagt ist. Der größere Teil der Literatur steht auf dem Standpunkt, daß hier das obligatorische Geschäft gültig ist.[17]) Diese Ansicht sei schon unter dem alten Recht herrschende Lehre gewesen[18]), und hieran sei auch durch die Novelle nichts geändert worden. Es sei nicht angängig, daß man die im Interesse des Verkehrs angeordnete Gültigkeit des Erwerbsgeschäfts dadurch illusorisch mache, daß man Nichtigkeit des Kausalgeschäfts annehme und damit dem Veräußerer eine condictio gegen die Gesellschaft gewähre. Auch könne Nichtigkeit nach § 134 BGB deshalb hier nicht angenommen werden, weil sich eben aus § 226 Abs. 2 etwas anderes ergibt.[19]) In der Tat würde dieses Ergebnis praktisch zu unbefriedigenden und auch vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten Konsequenzen führen. Andererseits scheint es mir aber auch nicht richtig zu sein, die volle Gültigkeit und Einklagbarkeit des Vertrages anzunehmen. Denn wenn auch der Erwerb trotz des Verbots gültig sein soll, so folgt daraus noch nicht, daß auch das obligatorische Geschäft gültig ist, welche Annahme doch einen vom Gesetz nicht gewollten Erfolg begünstigen würde. Die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts ist mit Rücksicht auf die Sicherheit des Aktienrechtsverkehrs, die klare Verhältnisse verlangt, angeordnet worden. Denn der Veräußerer kann nicht beurteilen, ob ein Fall der Nichtigkeit oder der Wirksamkeit des Erwerbs vorliegt. Auch der spätere Erwerber, der nicht weiß, ob der Erwerb gültig ist, der aber weiß, daß die von ihm erworbenen Aktien schon einmal von der Gesellschaft derivativ erworben sind, und der daher möglicherweise nicht nach den sonstigen Vorschriften über den Gutglaubensschutz geschützt wird, muß auf jeden Fall Eigentum erwerben. Die Gültigkeit des dinglichen Erwerbsgeschäfts hat daher ihre Berechtigung. Von dem Kausalgeschäft gilt aber nicht das gleiche. Hier ist ein derartiges Interesse der Oeffentlichkeit an klaren Verhältnissen nicht gegeben. Und da durch eine solche Verpflichtung etwas erreicht werden soll, was durch das Gesetz verboten ist, kann man ihre volle Einklagbarkeit nicht anerkennen. Allerdings kann man auch nicht sagen, daß sie nichtig ist und daß der Veräußerer eine condictio hat. Denn wenn das Gesetz sagt, der Erwerb ist trotz des Verbots gültig, so soll natürlich die Gesellschaft die Aktien auch behalten dürfen. Daher ist der Weg, den Neufeld[20]) und Lehmann-Hirsch[21]) vorschlagen, m. E. der beste. Nach diesem schafft der obligatorische Vertrag keine einklagbare Verpflichtung, aber der Vertrag ist doch erfüllbar, und zwar der-

[17]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 20; Goldschmidt, § 226, Anm. 27; Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 65.

[18]) Vgl. Fischer, S. 165; Goldschmidt, Die A.G., § 226, Anm. 1; Nord, Rechte des Aktionärs, S. 179.

[19]) Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 12.

[20]) Neufeld, § 226, Anm. 6.

[21]) Lehmann-Hirsch, § 226, Anm. 6.

art, daß das Geleistete nicht zurückverlangt werden kann. Es liegt also eine Naturalobligation vor. In diesem Falle besteht zwar keine Verpflichtung der Gesellschaft zur Abnahme, und damit besteht keine Verpflichtung zu einem vom Gesetz verbotenen Tun, aber wenn die Gesellschaft die Aktien abgenommen hat, ist der Erwerb gültig, wodurch wiederum die trotz des Verbots angeordnete Gültigkeit erzielt wird, ohne daß aber der Veräußerer wegen des Fehlens einer causa einen Rückforderungsanspruch hat. Auch die Schriftsteller, die Unwirksamkeit des obligatorischen Vertrages annehmen[22]), schließen die Möglichkeit einer Rückforderung aus. Sie kommen also im Ergebnis ebenfalls zu der Annahme einer Naturalobligation, was nach meiner Ansicht ein befriedigendes Ergebnis ist. Staub-Pinners Ansicht[23]), die sagt, zur Annahme einer Naturalobligation hätte es eines besonderen Hinweises im Gesetz bedurft, ist recht formeller Natur. Denn ebensowenig ist ja im Gesetz gesagt, daß ein gültiger Vertrag vorliegt. Die Annahme einer Naturalobligation widerspricht dem Gesetzestext jedenfalls nicht.

Dem Aktienrecht entsprechend besteht auch für die G.m.b.H. grundsätzlich das Verbot, eigene Geschäftsanteile zu erwerben. Die Durchführung des Verbots ist allerdings bei den beiden Gesellschaftsarten grundverschieden geregelt. Die Regelung des § 33 G.m.b.H.-Gesetz ist viel einfacher als die komplizierte Regelung des § 226 HGB, wo die genau geregelten Ausnahmen neben dem grundsätzlichen Verbot aufgezählt sind. Beiden Bestimmungen gemeinsam ist nur die Unterscheidung zwischen voll eingezahlten und nicht voll eingezahlten Aktien bzw. Geschäftsanteilen. Der Erwerb nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile ist der G.m.b.H. ausnahmslos verboten. Auch der Erwerb vollständig bezahlter Geschäftsanteile ist der G.m.b.H. verboten, wenn nicht der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann.

Eigene Geschäftsanteile sind — entsprechend dem Aktienrecht — die an dem Vermögen der Gesellschaft selbst bestehenden Beteiligungen. Unter „Erwerb" ist auch hier das derivative dingliche Verfügungsgeschäft zu verstehen.[24]) Ein originärer Erwerb eigener Geschäftsanteile ist der Gesellschaft in keinem Fall gestattet. Bei der Gründung der G.m.b.H. ergibt sich das daraus, daß die Gesellschaft noch gar nicht existiert. Aber auch bei einer Erhöhung des Stammkapitals kann die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile nicht übernehmen.[25]) Das wird allerdings von verschie-

[22]) Brodmann, § 226, 1 b; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 23; Horrwitz-Ullmann, § 226, Anm. 4.
[23]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 20.
[24]) Crüger-Crecelius, § 33, Anm. 1.
[25]) Scholz, § 55, III, 2.

denen Seiten bestritten. Das Kammergericht[26]) sowie Staub-Hachenburg[27]) (Liebmann-Saenger[28]) widersprechen sich in Anm. 1 u. 8) wollen die Uebernahme eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. anläßlich einer Kapitalerhöhung unter der Voraussetzung des § 33 gestatten. Diese Annahme scheitert aber daran, daß die Uebernahme nach durchaus herrschender Annahme einen Vertrag der Gesellschaft mit dem Unternehmer darstellt[29]) und die Gesellschaft diesen Vertrag nicht mit sich selbst abschließen kann.[30]) Das Ergebnis würde demnach sein, daß nur eine Uebernahme von Dritten in Frage kommen kann.

Auch bei der G.m.b.H. taucht die Frage nach der Gültigkeit des obligatorischen Geschäfts auf. Wiederum ergeben sich die beiden Fälle, ob der auf Grund der Verpflichtung getätigte Erwerbsakt nichtig oder gültig ist. Ist er nichtig, dann ist auch nach § 134 BGB Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages anzunehmen.[31]) Denn wäre der obligatorische Vertrag gültig und könnte aus ihm auf Abnahme der Aktien geklagt werden, dann würde das Verbot gar keinen Sinn mehr haben.

Wie ist es aber, wenn der dingliche Erwerbsakt trotz des Verbots gültig ist? Wir haben im Aktienrecht in dem parallelen Fall eine Naturalobligation angenommen, auf Grund derer die Gesellschaft zur Abnahme der Aktien nicht verpflichtet ist. Das Aktienrecht verbietet den Erwerb von Aktien, indem es bestimmt, daß der Erwerb eigener Aktien „nicht stattfinden darf". Diese Fassung entspricht der des § 33 Abs. 1 G.m.b.H.-Gesetz. Die Gültigkeit des dennoch erfolgten Erwerbs ist in einem anderen Absatz besonders bestimmt. Ganz anders gefaßt ist der § 33 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes. Hier besteht lediglich eine Sollvorschrift, die den Erwerb volleingezahlter eigener Geschäftsanteile verbietet. In § 33, Abs. 2 ist nicht besonders gesagt, daß der trotz des Verbots erfolgte Erwerb dennoch gültig ist. Dies brauchte auch nicht zu geschehen, da es nach der Fassung des Gesetzes ohne weiteres anzunehmen ist. Diese Fassung muß dann aber auch zu der Annahme führen, daß für das obligatorische Geschäft das Verbot in derselben Art gilt, d. h. auch dieses „soll" nicht vorgenommen werden. Die Gültigkeit einer solchen Verpflichtung wird aber durch § 33 Abs. 2 nicht berührt. Der § 33 Abs 2 entspricht auch in seiner Formulierung dem § 226 HGB in seiner alten Fassung, nach der der Erwerb eigener Aktien im regelmäßigen Geschäfts-

[26]) OLG 42, S. 225.
[27]) Staub-Hachenburg, § 55, Anm. 14.
[28]) Liebmann-Saenger, § 55, Anm. 1 und 8.
[29]) Brodmann, § 55, 2; Scholz, § 55, III, 1; Crueger-Crecelius, § 55, Anm. 2.
[30]) Scholz, a. a. O.
[31]) Staub-Hachenburg, § 33, 5; Brodmann, § 33, 1; Liebmann-Saenger, § 33, 1.

betriebe nicht erfolgen sollte. Geschah es trotzdem, so wurde von der herrschenden Lehre die Gültigkeit sowohl des dinglichen wie auch des obligatorischen Geschäfts bejaht. Sie ist daher auch für den § 33 Abs. 2 zu bejahen.[32]) Das gleiche gilt für den Fall, daß der obligatorische Vertrag unter der Bedingung vorheriger Volleinzahlung geschlossen wird und die Bedingung eintritt.[33]) Die Gesellschaft ist also in einem solchen Falle verpflichtet, die Geschäftsanteile abzunehmen und den Kaufpreis zu bezahlen.

[32]) Im Ergebnis ebenso, Brodmann, § 33, Anm. 2; RG 71, 403, und in Holdheim's Monatsschrift 22, S. 248.
[33]) Staub-Hachenburg, § 33, Anm. 5.

VI. Die dem Erwerb eigener Aktien gleichgestellten Fälle.

Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien wäre nun leicht dadurch zu umgehen, daß geschäftliche Transaktionen vorgenommen werden, durch die derselbe wirtschaftliche Erfolg herbeigeführt wird wie durch den Erwerb. Deshalb hat das Gesetz einige Fälle, bei denen die Gefahr der Umgehung besteht, dem Erwerb durch die Gesellschaft in ihren Voraussetzungen und Wirkungen gleichgestellt. Es sind dies nach § 226 Abs. 3 der Fall der Inpfandnahme[1]), der Fall, daß ein Dritter die Aktien für Rechnung der Gesellschaft erwirbt und endlich der Fall, daß ein Dritter die Aktien erwirbt und die Gesellschaft eine Kursgarantie übernimmt.

Das Verbot, eigene Aktien oder eigene Interimsscheine zum Pfande zu nehmen, ist nur dahin zu verstehen, daß es verboten ist, durch Vertrag ein Pfandrecht der Gesellschaft zu begründen.[2]) Es ist dagegen nicht verboten, Geschäfte zu tätigen, bei denen kraft Gesetzes ein Pfandrecht der Gesellschaft entsteht, ebensowenig wie der Erwerb eines Pfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Erwerb eines Zurückhaltungsrechts unter das Verbot des § 226 Abs. 3 fällt. Das geht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. „In Pfand nehmen" kann nur bedeuten, daß ein auf Begründung des Pfandrechts gerichtetes Rechtsgeschäft ab-

[1]) Anders bei der G.m.b.H.; vgl. Feine, S. 414.
[2]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 4; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 26; Neufeld, § 226, 4a.

geschlossen wird. Das Entstehen eines Pfandrechts überhaupt kann durch das Gesetz nicht verboten sein, sondern nur die rechtsgeschäftliche Begründung.

In vielen Satzungen von Aktiengesellschaften ist die Bestimmung enthalten, daß Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats Aktien, insbesondere eigene Aktien der Gesellschaft als Kaution bei der Gesellschaft hinterlegen müssen.[3]) Die Bestimmung soll den Zweck haben, das Interesse der Verwaltungsmitglieder an der Gesellschaft zu steigern. Denn durch einen schlechten Geschäftsgang und ein Fallen der Kurse würden die Verwaltungsmitglieder selbst betroffen werden. Es sind nun Zweifel aufgetaucht, ob die Annahme einer solchen in eigenen Aktien bestehenden Kaution der Gesellschaft auch noch nach der Aktiennovelle gestattet ist. Unter dem früheren Recht war das nicht zweifelhaft. Denn die Annahme der Kaution fiel nicht in den regelmäßigen Geschäftsbetrieb. Nach dem Gesetzestexte müßte das Hereinnehmen eigener Aktien als Kaution jetzt verboten sein. Denn eine Inpfandnahme liegt vor. Dieses Ergebnis dürfte aber dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen. Es soll doch in erster Linie vermieden werden, daß die Gesellschaft eigene Mittel für die Inpfandnahme eigener Aktien aufwendet, daß sie also eigene Aktien lombardiert. Das ist aber nicht der Fall bei der Stellung von Kaution in eigenen Aktien. Es führt dieselbe Erwägung, aus der heraus auch — wie noch zu zeigen ist — der unentgeltliche Erwerb volleingezahlter Aktien gestattet ist, dazu, den Fall der Kautionsstellung nicht unter das Verbot des § 226 Abs. 3 fallen zu lassen.[4])

Ferner ist es verboten, daß ein Dritter Aktien der Gesellschaft für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erwirbt, weil hier die Gesellschaft das wirtschaftliche Risiko trägt. Auch hier ist unter Erwerb nur der derivative Erwerb zu verstehen; einer Zeichnung für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft (solche Aktien sind im Entwurf § 41 als Vorratsaktien bezeichnet) steht nichts entgegen.[5])

---

[3]) Vgl. Flechtheim-Wolff-Schmulewitz, S. 147 ff. und S. 218 ff.

[4]) Goldschmidt, § 226, 8; Lehmann-Hirsch, § 226, Anm. 9; Rosendorff, S. 286. A. M. Staub-Pinner, § 226, 5; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 26; Horrwitz-Ullmann, § 226, 5; Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 13.

[5]) Staub-Pinner, § 226, 23; Flechtheim Bankarchiv 1931, S. 12.

VII. Das Verhältnis von § 226 zu § 213 HGB und des § 33 zu § 30 G.m.b.H.-Gesetz.

Wenn eine A.G. eigene Aktien oder eine G.m.b.H. eigene Geschäftsanteile erwirbt, so wird dies in den meisten Fällen entgeltlich geschehen. Dieses Entgelt wird dann häufig dem Grundkapital entnommen werden müssen. Nun bestimmt § 213 HGB, daß die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern können, und § 30 G.m.b.H.-Ges. bestimmt, daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf. § 226 HGB steht nun mit § 213 und ebenso § 33 G.m.b.H.-Ges. mit § 30 im engsten Zusammenhang. Denn daß eine Einlage ohne Zurücknahme von Aktien oder Stammkapital ohne Uebernahme eines Geschäftsanteils zurückgezahlt wird, dürfte wohl nur in einer verhältnismäßig geringen Anzahl von Fällen vorkommen. Man könnte nun bei einem Erwerb eigener Aktien oder Geschäftsanteile, der nach § 226 HGB oder § 33 G.m.b.H.-Ges. nicht unwirksam ist, sagen, daß er dennoch unwirksam sei, weil wegen des dafür gezahlten Entgelts ein Verstoß gegen § 213 HGB bzw. § 30 G.m.b.H.-Ges. vorliege. Die Zahlung des Entgelts sei daher nichtig, und mithin sei das ganze Geschäft, also auch die Uebernahme der Aktien oder der Geschäftsanteile nichtig (§ 139 BGB). Um festzustellen, ob eine solche Argumentation stichhaltig ist, ist erforderlich, das Verhältnis von § 226 und § 213 HGB und von § 33 und § 30 G.m.b.H.-Ges. zu klären.

Eine Kollision zwischen den Bestimmungen des § 226 und des § 213 würde dann nur in ganz seltenen Fällen eintreten, wenn man bei der Auslegung des § 213 der Ansicht Staub-Pinners[1]) folgte, der für den Begriff der Einlage im Sinne des § 213 eine recht enge Auslegung für richtig hält. Hiernach soll eine Rückzahlung der Einlage anläßlich des Erwerbs eigener Aktien überhaupt nur dann gegeben sein, wenn die Gesellschaft die Aktien von dem Zeichner zurückerwirbt. Denn die Einlage sei der Geldbetrag, den der Zeichner für die Aktien aufgewendet hat oder,

[1]) Staub-Pinner, § 213, Anm. 1.

wenn der Geldbetrag, wie meistens, nicht mehr vorhanden ist, dessen Wert. Daher könne auch eine Rückzahlung der Einlage nur diesem gegenüber erfolgen. Wenn dagegen die Aktien von einem späteren Erwerber entgeltlich erworben werden, könne hierin nie eine Rückzahlung der Einlage liegen, da dieser spätere Erwerber ja nie eine Einlage gemacht habe.

Diese enge Auslegung des Begriffes „Einlage" entspricht aber nicht der Terminologie des Gesetzes. Nach § 178 HGB sind die sämtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt. Es ist ganz klar, daß hier nicht nur die Gesellschafter gemeint sind, die als Zeichner ihre Aktien erworben haben, sondern auch alle Gesellschafter, die erst später ihre Aktien erworben haben, also wie das Gesetz deutlich sagt, die sämtlichen Gesellschafter. Danach können mit Einlagen nicht die von den Zeichnern eingezahlten Geldbeträge oder deren Wert gemeint sein, sondern es kann nur ein weiterer Begriff der „Einlage" in Frage kommen. Dieser Begriff ist dahin zu bestimmen, daß unter Einlage die Beteiligung des Aktionärs an dem Grundkapital der Gesellschaft zu verstehen ist, gleichgültig, ob der Aktionär die Aktie durch Zeichnung oder erst später erworben hat. Geht man von dieser Begriffsbestimmung aus, dann kann die Entscheidung über das Verhältnis von § 226 zu § 213 nicht in dem von Staub-Pinner angegebenen Sinne ausfallen.[2])

Ebenso wenig kann es für die Feststellung, ob ein Verstoß gegen § 213 bzw. gegen § 30 G.m.b.H.-Ges. vorliegt — denn das Folgende ist sowohl für die A.G. wie für die G.m.b.H. geltend gemacht worden —, darauf ankommen, wie hoch der Preis war, der für die erworbene Aktie bzw. den erworbenen Geschäftsanteil bezahlt worden ist.[3]) Nach dieser Ansicht soll es darauf ankommen, ob der Preis dem Wert der Aktie entspricht, oder ob er diesen übersteigt. Im letzteren Falle soll immer ein Verstoß gegen § 213 oder § 30 vorliegen. M. E. kann es auf die Höhe des Erwerbspreises nicht ankommen.[4]) Es ist nicht einzusehen, warum es nur verboten sein sollte, eigene Aktien und eigene Geschäftsanteile zu einem ihren Wert übersteigenden Preise zu erwerben. Die Gefahr der Schädigung der Gläubiger und der anderen Aktionäre wird auch sonst nicht ausgeschlossen. Denn es ist keineswegs sicher, ob der gezahlte Preis, selbst wenn er dem Werte entsprechen sollte, bei einer Weiterveräußerung wieder hereingebracht werden

[2]) Ebenso hat das RG 77, 71 und in JW 1912, 876, einen Verstoß gegen § 213 bejaht, wenn einem Aktionär, der nicht Zeichner ist, die Rücknahme der Aktien gegen Entgelt versprochen wird.

[3]) Hachenburg, Festschr. für Cohn, S. 87; Staub-Hachenburg, § 33, 10a; Flechtheim, Bankarchiv 1931, S. 14; Heinz Pinner, JW 1931, 2931; Feine, S. 415.

[4]) Ebenso Goldschmit, § 226, Anm. 5; Scholz, § 33, III, 1; Liebmann-Saenger, § 33, Anm. 2.

kann. Außerdem wird praktisch der Wert der Aktie oder gar des Geschäftsanteils garnicht zu berechnen sein. Bei der Aktie könnte vielleicht der Börsenkurs einen gewissen Anhalt bieten; aber der Börsenkurs entspricht häufig gar nicht dem wahren Werte der Aktie, denn er wird durch die verschiedenartigsten Kursmanipulationen beeinflußt. Und wie sollte es bei Aktien sein, die gar keinen Börsenkurs haben? Das letztere Bedenken tritt auch immer bei der G.m.b.H. auf. Es ist unmöglich, den Wert des Geschäftsanteils einwandfrei festzustellen, und deshalb ist es auch unmöglich, es darauf abzustellen, ob die Aktie bzw. der Geschäftsanteil zu einem dem Werte entsprechenden oder den Wert übersteigenden Preis erworben werden.

Nun wollen aber einige Schriftsteller es deswegen auf den Preis nicht ankommen lassen, weil sie sagen, daß in keinem Falle eine Rückzahlung der Einlage bzw. eine Rückzahlung des Stammkapitals vorliegt: denn wenn ein Aktionär seine Aktie oder ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an die Gesellschaft veräußert, so trete er dieser nicht als Gesellschafter gegenüber, sondern wie ein Dritter lediglich als Veräußerer.[5]) Seine Gesellschaftereigenschaft scheide bei diesem Geschäft vollkommen aus. Aber es kann nicht zugegeben werden, daß bei dem Vorliegen beider Eigenschaften auf Seiten des Veräußerers dieser nur als solcher, nicht aber auch gleichzeitig als Gesellschafter auftritt. Es ist nirgends aus dem Gesetz zu entnehmen, daß beim Zusammentreffen beider Eigenschaften nur die eine in Erscheinung treten soll und die andere gewissermaßen konsumiere. Vielmehr muß das Geschäft unter Berücksichtigung beider Gesichtspunkte beurteilt werden, zumal meist praktisch der Veräußerer auch gleichzeitig Gesellschafter ist.

Auch darauf wird man es nicht abstellen können, wie Nord[6]) es tut, ob dem Erwerb ein auf Rücknahme der Aktie zielender Vertrag vorangegangen ist oder nicht. Im ersten Falle soll der Vertrag nach § 213 behandelt werden und nichtig sein. Ist aber dem Erwerb kein Vertrag vorangegangen oder nur ein Vertrag vorangegangen, der innerhalb ganz kurzer Frist erfüllt wird, dann ist der Fall lediglich nach § 226 zu beurteilen. Diese Ergebnisse Nord's sind offenbar aus der Erwägung zustande gekommen, daß bei vorangehendem Vertrag es nur den Parteien meist darauf ankommen wird, daß die Einlage zurückerstattet wird; im anderen Falle aber findet die Rückgewähr der Einlage nur statt, um die Aktien erwerben zu können. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Motive den Parteien für den Regelfall mit Recht unterstellt werden; denn diese müssen bei der Beurteilung ganz außer Betracht bleiben. Die Bestimmung des § 213 soll dem Schutze der

[5]) Goldschmit, § 226, 5; Scholz, § 33, III.
[6]) Nord, ZBH, 1931, S. 180.

Gläubiger dienen. Eine Verletzung dieser Vorschrift würde ihnen auf jeden Fall schaden, gleichgültig, aus welchen Beweggründen die Vorschrift verletzt ist. Im Interesse der Gläubiger können diese daher keine Berücksichtigung finden.[7])

Dagegen dürften folgende Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Verhältnisses von § 226 zu § 213 leitend sein, die auch entsprechend für das Verhältnis von § 33 zu § 30 G.m.b.H.-Ges. Geltung haben. Der § 226 versucht, die Gründe, die für und gegen den Erwerb eigener Aktien sprechen, auf eine für alle Teile erträgliche Formel zu bringen. Hier ist im einzelnen festgestellt, inwieweit ein solcher Erwerb für die Allgemeinheit noch tragbar erscheint. Es ist daher nicht anzunehmen, daß der Erwerb, der nach § 226 gültig ist, auf Grund irgendwelcher anderer Bestimmungen ungültig sein sollte.[8]) Vielmehr scheidet für diesen Fall die andere Bestimmung aus. Die genaue Regelung in § 226 würde sonst in den meisten Fällen ihren Sinn völlig verlieren. Und zwar ist die Außerachtlassung des § 213 nicht nur dann anzunehmen, wenn der Erwerb nach § 226 zulässig ist, sondern auch dann, wenn er zwar nicht gestattet, aber gültig ist. Auch in letzterem Falle ist davon auszugehen, daß die Folgen nur die im § 226 bestimmten sein sollen. Es ist unmöglich anzunehmen, daß das Gesetz den Erwerb in einer Bestimmung für gültig, in einer anderen aber für ungültig erklären wollte. Möglich ist natürlich, daß der Erwerb auf Grund einer bürgerlich-rechtlichen Bestimmung nichtig ist, z. B. wegen Unsittlichkeit nach § 138 BGB; daß die Nichtigkeit aber auf Grund einer anderen aktienrechtlichen Bestimmung eintreten sollte, dürfte nicht anzunehmen sein. Es würde sonst wohl auch fast jeder Erwerb eigener Aktien, der nach § 226 gültig ist, auf Grund von § 213 nichtig sein.[9])

Bei der G.m.b.H. ist die Sachlage ganz ähnlich. § 33 Abs. 2 läßt den Erwerb eigener volleingezahlter Geschäftsanteile gültig sein. Ein solcher Erwerb kann dann nicht nach § 30 ungültig sein.[10]) Denn durch den § 33 Abs. 2 sollte eben diese Folge gerade vermieden werden. Der Gesetzgeber würde sich selbst in den Rücken fallen, wenn er ein Rechtsgeschäft auf Grund reiflicher Erwägungen in einer Bestimmung gültig sein läßt, während die von ihm gewollte Gültigkeit durch eine andere Bestimmung in Frage gestellt werden sollte. Auch hier gilt das Vorstehende nicht nur für die Fälle des Erwerbs, die nach § 33 zulässig sind, wenn nämlich der Erwerb mit Vermögen, das über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhanden ist, erfolgt, sondern auch für die Fälle, in denen der Erwerb zwar verboten, aber dennoch gültig ist.

---

[7]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 48.
[8]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, a. a. O.
[9]) Dieselben, § 226, Anm. 49, und die dort Zitierten.
[10]) Brodmann, § 33, Anm. 3.

Das Ergebnis ist demnach das folgende. Ist der Erwerb eigener Aktien nach § 226 HGB gültig, kommt § 213 nicht zur Anwendung, und ist der Erwerb eigener Geschäftsanteile nach § 33 gültig, kommt § 30 nicht zur Anwendung.

VIII. Die Ausnahmen von dem Verbot.

A. Aktienrecht.

Wenn man die Ausnahmen von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien bzw. eigener Geschäftsanteile betrachtet, so muß man feststellen, daß das HGB — ganz besonders infolge der Novelle — und das G.m.b.H.-Ges. fast völlig verschiedene Wege gegangen sind, was zum größten Teil auf die verschiedenartige Struktur der beiden Gesellschaftsformen zurückzuführen ist. Im folgenden sollen zunächst die besonders vom Gesetz geregelten Ausnahmefälle bei der A.G., die im G.m.b.H.-Ges. keine Parallele finden, behandelt werden.

Entgegen der früheren Fassung des § 226 HGB sind jetzt vom Gesetz die Fälle aufgezählt, in denen der Erwerb eigener Aktien und Interimsscheine gestattet ist. An der Spitze steht der Fall, daß der Erwerb eigener Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist. Beim Vorliegen dieser Voraussetzung dürfen Aktien bis zum Gesamtnennbetrage von 10% oder einem etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals erworben werden. Die Reichsregierung hat bisher von der ihr nach § 226 zustehenden Befugnis jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Während früher durch die Bestimmung, daß die Gesellschaften eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe nicht erwerben dürfen, ganz allgemein ein für alle Gesellschaften geltendes Prinzip aufgestellt wurde, muß jetzt die Zulässigkeit des Erwerbs zur Abwendung eines schweren Schadens jedesmal von Fall zu Fall geprüft werden.[1]) Erforderlich ist zunächst, daß der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft erforderlich ist. In welchem Falle ein schwerer Schaden droht, kann allgemein nicht gesagt werden. Nicht genügend ist jeder Verlust, wenn er auch im Einzelfall recht nachteilige Wirkungen für die Gesellschaft nach sich ziehen kann. Andererseits kann man wieder nicht so weit gehen, daß man eine für die Existenz der Gesellschaft gefährliche Situation verlangt.[2]) Es kommt vielmehr darauf an, ob der Schaden, der der Gesellschaft durch das Unterbleiben des Erwerbs entstehen würde, in keinem Ver-

[1]) Heinz Pinner, JW. 1931, S. 2030; Goldschmit, § 226, 19.
[2]) Flechtheim, Bankarch. 1931, S. 12.

hältnis steht zu dem etwaigen Schaden, der der Gesellschaft durch den Erwerb entstehen kann.[3]) Es ist Aufgabe der Verwaltung, zu prüfen, ob ein solcher Fall vorliegt. Findet der Erwerb trotz Fehlens der genannten Voraussetzungen statt, dann sind die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats unter Umständen nach § 227a ersatzpflichtig.

In einer halbamtlichen Aeußerung gegenüber der Presse hat sich die Reichsregierung dahingehend geäußert, daß die normale Kurspflege nicht unter den § 226, Abs. 1, Satz 1, fällt, dagegen aber die Abwehr ungerechtfertigter Baisseangriffe. Für diese Gesetzesauslegung bietet der Gesetzestext keinen Anhalt. Es ist sehr wohl möglich, daß auch die normale Kurspflege zur Abwendung eines schweren Schadens erfolgt.[4]) Es kann vorkommen, daß der Kurs an der Börse ohne entsprechende wirtschaftliche Verschlechterung der betreffenden Gesellschaft ungerechtfertigt niedrig ist. Hier würde ein Erwerb möglicherweise durch § 226 gedeckt sein. Ein künstlicher Steigern der Kurse durch Ankauf großer Aktienpakete wäre dagegen nicht zulässig.

Immer ist auch Voraussetzung, daß tatsächlich durch den Erwerb der schwere Schaden abgewendet werden kann, und daß er gerade durch den E r w e r b abgewendet werden muß. Das ist im Gesetz dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Erwerb zur Abwendung des schweren Schadens n o t w e n d i g sein muß. Andere wichtige Fälle der Abwendung eines schweren Schadens können z. B. vorliegen, wenn die Gesellschaft von einem Schuldner eigene Aktien an Erfüllungsstatt annimmt, weil eine Befriedigung auf andere Weise nicht möglich ist.[5]) Oder ein Großaktionär wirft die Aktien der Gesellschaft auf den Markt, um Verhandlungen der Gesellschaft zu stören. In diesen und anderen Fällen würde ein Fall des § 226, Abs. 1, Satz 1, gegeben sein. Immer aber muß der Schaden der G e s e l l s c h a f t drohen, nicht genügend ist, daß der Schaden einem oder einer Reihe von Aktionären droht, es sei denn, daß hierdurch mittelbar auch die Gesellschaft betroffen wird.

Die Gesellschaft kann auch betroffen werden, wenn Aktionäre unter sich einen Kampf um die Macht austragen. Regelmäßig wird die Gesellschaft an solchen Machtkämpfen ihrer Aktionäre uninteressiert sein. Anders liegt aber der Fall, wenn ein Aktionär einem Konkurrenzunternehmen nahesteht und die Verwaltung der Gesellschaft weiß, daß dieser Aktionär seine starke Stellung zu Gunsten des Konkurrenzunternehmens ausnützt. In solchem Falle wird es der Verwaltung oft ratsam erscheinen, diese Stellung des Aktionärs durch den Erwerb seiner Aktien zu Gun-

[3]) Horrwitz-Ullmann, § 226, Anm. 17.
[4]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 8.
[5]) Vgl. Lehmann-Hirsch, § 226, Anm. 47.

sten gesellschaftsfreundlicher Kreise und damit der Gesellschaft selbst zu erschüttern. Hier wäre z. B. ein Fall gegeben, in dem die Kämpfe der Aktionäre um eine starke Machtposition die Gesellschaft berühren, und wenn die Gesellschaft in solchem Falle zu ihrem Schutze durch Erwerb eigener Aktien in den Kampf eingreift, dann kann sie sich auch auf § 226, Abs. 1, Satz 1, berufen. Es ist mithin nicht richtig zu sagen, daß die Kämpfe der Aktionäre untereinander die Gesellschaft keinesfalls berühren.[6])

Der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien darf 10% des Grundkapitals nicht übersteigen. Die Aktien, die die Gesellschaft bereits besitzt und die nicht zur Abwendung eines schweren Schadens erworben sind, werden bei der Feststellung, ob der angegebene Hundertsatz überschritten ist, nicht mitgerechnet.[7]) Dagegen ist es zweifelhaft, ob die Gesellschaft mehrmals zur Abwendung eines schweren Schadens Aktien erwerben kann, deren Gesamtsumme 10% des Grundkapitals übersteigt, oder ob insgesamt nur höchstens 10% des Grundkapitals erworben werden dürfen. Es ist behauptet worden, daß schon der Wortlaut des Gesetzes für die erste Ansicht spricht. Denn ein Vergleich des Abs. 1, Satz 1, mit Abs. 1, Satz 2, Nr. 2, zeige, daß die schon erworbenen Aktien im Falle des Abs. 1, Satz 1, nicht mitgerechnet werden dürfen, da es sonst ausdrücklich — wie im Satz 2, Nr. 2 — gesagt worden wäre. M. E. zwingt der Gesetzestext zu dieser Auslegung nicht. Wenn der Gesamtnennbetrag höchstens 10% des Grundkapitals betragen soll, so soll damit bestimmt sein, wieviel die Gesellschaft überhaupt zur Abwendung von schweren Schäden erwerben darf, sonst brauchte im Gesetz überhaupt nicht von einem Gesamtnennbetrag die Rede zu sein. Außerdem ist bei der Tendenz des Gesetzes, alle widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen und eine diesen Interessen möglichst gerechtwerdende Regelung zu treffen, anzunehmen, daß diese Interessenberücksichtigung in klar abgegrenzter Form zum Ausdruck gekommen ist. Wenn es aber der Gesellschaft gestattet sein sollte, immer wieder neue Aktien zur Abwendung von schweren Schäden zu erwerben, so wäre praktisch, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Entscheidung, ob der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens notwendig ist, bei der Verwaltung liegt und es immer schwer sein wird, zu beweisen, daß der Standpunkt der Verwaltung unzutreffend ist, eine unbegrenzte Möglichkeit für die Gesellschaft gegeben, eigene Aktien zu erwerben, was doch sicher nicht im Sinne des Gesetzes liegt. Auch würde im Ergebnis der frühere Zustand, wonach die Gesellschaft Aktien außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs erwerben durfte, beibehalten werden.[8]) Man muß

[6]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 9; Flechtheim, Bankarch. 1931, S. 12; Fleck in JW 1929, S. 1761; Lehmann-Hirsch, § 226, Anm. 47. A. M. Nußbaum, JW 1929, S. 2109; RFH in JW 1929, S. 2183.

[7]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 10.

[8]) Goldschmit, § 226, Anm. 21.

daher annehmen, daß ein mehrfacher Erwerb eigener Aktien, der zur Abwendung eines schweren Schadens erfolgt und der zusammen den Betrag von 10% des Grundkapitals übersteigt, nur dann zulässig ist, wenn die früher erworbenen Aktien von der Gesellschaft bereits wieder veräußert oder eingezogen sind.[9]) Zur Abwendung eines schweren Schadens dürfen sowohl voll eingezahlte wie auch nicht voll eingezahlte Aktien erworben werden mit der Wirkung, daß bei nicht voll eingezahlten der Restzahlungsanspruch ruht[10]), und daß bei Veräußerung der Aktien der Restzahlungsanspruch wieder auflebt.[11])

Dem Fall, daß eine Gesellschaft eigene Aktien erwirbt, steht der Fall gleich, daß eine abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft erwirbt. Hier richtet sich also die Zulässigkeit des Erwerbs nach den Verhältnissen der herrschenden Gesellschaft. Hat diese oder die abhängige Gesellschaft oder beide Gesellschaften bereits Aktien der herrschenden Gesellschaft in einer Höhe erworben, die 10% des Grundkapitals erreicht oder übersteigt, so ist ein weiterer Erwerb der Aktien der herrschenden Gesellschaft weder durch diese selbst noch durch die abhängige Gesellschaft gestattet.

Abgesehen von dem Fall, daß die A.G. Aktien oder Interimsscheine zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft erwirbt, ist es der A.G. nicht gestattet, eigene Interimsscheine oder eigene nicht voll eingezahlte Aktien zu erwerben. Dagegen sind noch Fälle vorgesehen, in denen die A.G. eigene voll eingezahlte Aktien erwerben darf. Hierzu gehört der Fall, daß die A.G. eigene Aktien zum Zwecke der Ausführung einer Einkaufskommission erwirbt. Da hier nur ein vorübergehender Besitz erstrebt wird, und infolgedessen die Gefahren, die sonst mit dem Erwerb eigener Aktien verknüpft sind, hier nicht vorhanden sind, ist ein solcher Erwerb in Uebereinstimmung mit dem vor der Novelle geltenden Recht ausdrücklich gestattet. Auch dann ist der Erwerb eigener Aktien gestattet, wenn die A.G. den Kommissionsauftrag im Wege des Selbsteintritts ausführt.[12]) Auch hier kann es der A.G. nicht verwehrt sein, eigene Aktien zu kaufen und als Verkäufer wieder abzusetzen; denn hier ist die Gesellschaft verpflichtet, die Aktien wieder weiterzugeben, so daß auch hier die Gesellschaft die Aktien regelmäßig nur kürzere Zeit, jedenfalls aber nur vorübergehend besitzt.

Der Fall der Verkaufskommission ist im Gesetz nicht besonders geregelt. Das ist aber auch nicht erforderlich, da es ja der

[9]) Quassowski, JW 1931, 2920; Neufeld, JW 1931, 3042; Staub-Pinner § 226, Anm. 10; Rosendorff, S. 289. A. M. Flechtheim Bankarch. 31, 12; Lehmann-Hirsch § 226, Anm. 52.

[10]) Staub-Pinner § 226, Anm. 11.

[11]) Ruth, S. 27 ff.

[12]) Staub-Pinner, § 226, 14; Brodmann, § 226, 4 a; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, 16.

Gesellschaft nicht verboten ist, eigene Aktien zu veräußern. Allerdings ist der Gesellschaft hier der Selbsteintritt nicht gestattet. Hierin würde ein unzulässiger Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft liegen.[13]) Der § 400 HGB wird also insofern durch den § 226 modifiziert.

Als dritter Ausnahmefall vom Verbot des Erwerbs eigener Aktien ist der Erwerb zum Zwecke der Einziehung im Gesetz geregelt. Auch in dieser Hinsicht ist eine grundlegende Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen worden, und zwar ist die jetzige Form der gesetzlichen Regelung auf den Einfluß von Nußbaum zurückzuführen, der einen der jetzigen Regelung entsprechenden Vorschlag gemacht hat.[14]) Der Erwerb ist jetzt bei voll eingezahlten Aktien zulässig, wenn der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien zusammen mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, 10% oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt und die Aktien zur Einziehung erworben werden, wobei als hierzu erworben nur die Aktien gelten, die binnen 6 Monaten nach Erwerb tatsächlich eingezogen werden (§ 226, Abs. 1, Nr. 2). Daneben bleibt immer noch die Möglichkeit der zwangsweisen Einziehung von Aktien. Diese ist jedoch nur zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag, sei es von Anfang an, sei es durch nachträgliche Abänderung, vorgesehen ist (§ 227). Das ist nicht erforderlich für den Fall der Einziehung nach Erwerb. Hier sind allerdings eine Reihe anderer Beschränkungen vorgesehen. Zunächst muß es sich, ebenso wie bei dem Erwerb zur Ausführung einer Einkaufskommission, um voll eingezahlte Aktien handeln. Bei nicht voll eingezahlten Aktien ist ein Erwerb zum Zwecke der Einziehung nicht möglich. Der Gesamtnennbetrag der zum Zwecke der Einziehung zu erwerbenden Aktien darf einschließlich der bereits im Besitz der Gesellschaft befindlichen eigenen Aktien den Betrag von 10% des Grundkapitals nicht übersteigen. (Einen niedrigeren Hundertsatz hat die Reichsregierung bisher nicht festgesetzt.) Aus welchen Gründen die Gesellschaft diese, schon in ihrem Besitz befindlichen, Aktien erworben hat, ist hierbei völlig gleichgültig.[15]) Es ist der Gesellschaft aber erlaubt, nach Einziehung der erworbenen Aktien noch einmal oder noch mehrmals Aktien bis zum Nennbetrag von 10% des Grundkapitals zu erwerben; denn wenn die Aktien eingezogen sind, sind sie eben nicht mehr vorhanden und können bei dem wiederholten Erwerb zum Zwecke der Einziehung nicht mehr mitrechnen.[16]) Ob der Erwerb zum Zwecke der Einziehung erfolgt

[13]) Brodmann, § 226, 4 a; Horrwitz-Ullmann, § 226, 20.
[14]) Vgl. Nußbaum, Magazin der Wirtschaft 1931, 937.
[15]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 17, Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 18.
[16]) Vgl. Staub-Pinner, § 226, 17; Goldschmit, § 226, 27.

ist, wird vom Gesetz darauf abgestellt, ob die Aktien binnen 6 Monaten nach dem Erwerb auch tatsächlich eingezogen werden. Die Einziehung binnen 6 Monaten nach dem Erwerb schafft also eine unwiderlegliche Vermutung dafür, daß der Erwerb zum Zwecke der Einziehung erfolgt ist. Eine nachträglich eintretende Tatsache läßt also die vorher erworbenen Aktien als zum Zwecke der Einziehung erworben erscheinen. Daraus geht hervor, daß es auf die wirkliche Absicht beim Erwerbe gar nicht ankommt.[17]) Hat also die Gesellschaft eigene Aktien zum Zwecke der Einziehung erworben, kommt es aber infolge nachträglich eintretender Umstände tatsächlich nicht zur Einziehung, dann ist der Erwerb unwirksam. Und werden im umgekehrten Falle eigene Aktien erworben, ohne daß man an eine Einziehung dachte, und entschließt sich die Gesellschaft später doch noch, die Aktien einzuziehen, dann stellt sich der Erwerb als von Anfang an gültig heraus. Die Wirksamkeit des Erwerbs ist also immer erst später festzustellen. Ihre Berechtigung findet diese Regelung in der Erwägung, daß sonst allzu leicht das Erwerbsverbot umgangen werden könnte. Die Verwaltung könnte nämlich immer sagen, sie hätte bei dem Erwerb die Absicht gehabt, die Aktien einzuziehen, die Verwirklichung dieser Absicht sei aber nachher nicht möglich gewesen. Der Verwaltung das Nichtvorhandensein dieser Absicht zu beweisen, würde sehr schwer, ja in vielen Fällen geradezu unmöglich sein.

Wenn das Gesetz verlangt, daß die Aktien binnen 6 Monaten eingezogen werden, so taucht die Frage auf, ob es genügt, wenn der Einziehungsbeschluß gefaßt ist, oder ob die Eintragung des Einziehungsbeschlusses im Handelsregister hinzukommen muß, die ja zur Gültigkeit des Beschlusses erforderlich ist. Wenn das Gesetz verlangt, daß die Aktien binnen 6 Monaten nach Erwerb eingezogen werden müssen, so kann das nur heißen, daß die Gesellschaft innerhalb dieser 6 Monate alles zu tun hat, was ihr zur Durchführung der Einziehung obliegt. Das ist aber nur der Beschluß der Generalversammlung über die Einziehung und der Antrag des Vorstandes, die beschlossene Einziehung ins Handelsregister einzutragen. Dagegen hängt die Eintragung selbst nicht nur vom Willen der Gesellschaft ab. Es können hier andere Gründe eine Rolle spielen, durch die die Eintragung sich verzögert. Diese kann infolge formeller Mängel beanstandet werden oder sich dadurch verzögern, daß der Einziehungsbeschluß im Wege der Klage angefochten wird und eine Eintragung vor rechtskräftiger Entscheidung über diese Klage vom Registerrichter abgelehnt wird. Ohne Verschulden des Vorstandes wird es demnach oft vorkommen, daß zwar der Einziehungsbeschluß noch vor Ablauf der 6 Monate gefaßt wird, daß aber die Eintragung dieses Beschlusses erst nach Ablauf dieser Frist erfolgen kann. Deshalb muß man es für die Erfüllung der vom Gesetz verlangten Ein-

[17]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 19.

ziehungspflicht für genügend halten, wenn der Einziehungsbeschluß binnen 6 Monaten nach Erwerb gefaßt wird.[18])

Welche Konsequenzen ergeben sich aber, wenn der Vorstand eigene Aktien erwirbt, weil er die Einziehung der Aktien durchführen will, die Generalversammlung aber gegen einen Einziehungsbeschluß ist? Hier ist der Erwerb der eigenen Aktien unwirksam, weil ja die Einziehung nicht erfolgt ist. Trifft aber den Vorstand auch eine Ersatzpflicht nach § 227 a HGB? Diese Ersatzpflicht kann den Vorstand nur treffen, wenn ihm ein Verschulden daran vorzuwerfen ist, daß es nicht zur Einziehung gekommen ist. Das könnte dann der Fall sein, wenn es auf der Hand liegt, daß bei der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft an eine Einziehung gar nicht zu denken war. Oder dann, wenn es der Vorstand versäumt, rechtzeitig die Generalversammlung einzuberufen und einen entsprechenden Antrag auf die Tagesordnung zu setzen. Konnte dagegen der Vorstand nach pflichtmäßiger Prüfung zu der Ansicht kommen, daß die Einziehung von Aktien zweckmäßig oder gar dringend erforderlich sei, und hat der Vorstand weiterhin alles getan, um den Einziehungsbeschluß herbeizuführen, dann hat er die erforderliche Sorgfalt angewandt und es trifft ihn die Ersatzpflicht nicht.[19])

Hat die Gesellschaft die Aktien zum Zwecke der Einziehung erworben, dann ist die Einziehung gegenüber der sonstigen Zwangseinziehung vereinfacht. Während nämlich sonst bei der Einziehung die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals zu befolgen sind (§ 227, Abs. 2), d. h. die besonderen Gläubigerschutzvorschriften des § 289, brauchen diese besonderen Bestimmungen hier nicht beachtet zu werden (§ 227, Abs. 2, Nr. 3). Es genügt der einfache Beschluß und dessen Eintragung. Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob eine Einziehung von Aktien nach Erwerb durch die Gesellschaft in einem größeren Umfange als 10% des Grundkapitals dann gestattet ist, wenn hierbei die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals beachtet werden. Unter dem früheren Recht tauchten diese Fragen nicht auf. Denn es gab nur e i n e Einziehung, die erfolgen konnte, wenn die Einziehung in Gesellschaftsvertrag vorgesehen war. Erwarb die Gesellschaft Aktien zum Zwecke der Einziehung, so war dieser Erwerb regelmäßig gültig, da er ja nicht im regelmäßigen Geschäftsbetrieb erfolgt war. Heute ist zwischen dem Erwerb und der Einziehung eigener Aktien insofern eine Annäherung geschaffen worden, als eine besondere Einziehung nach Erwerb im Gesetz vorgesehen ist und diese Einziehung nach Erwerb unter leichteren Bedingungen erfolgen kann. Immerhin sind die Ein-

[18]) Ebenso Staub-Pinner § 226, Anm. 18; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 19.

[19]) Staub-Pinner, § 226, Anm. 18.

ziehung und der Erwerb von einander zu scheiden. Der Erwerb ist ein Akt, der der Einziehung vorangeht und muß sich nach den Vorschriften über den Erwerb von eigenen Aktien richten. Es kann nicht angenommen werden, daß der Erwerb zum Zwecke der Einziehung, auch wenn sie nicht in der vereinfachten Form geschehen soll, unbeschränkt zulässig ist. Vielmehr ist der Erwerb zum Zwecke der Einziehung im § 226 genau geregelt und diese Einziehung im § 227 vereinfacht. Etwas anderes kann aus dem Gesetz nicht herausgelesen werden. Wenn der Erwerb zum Zwecke der Einziehung, bei der die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals beachtet werden sollen, unbeschränkt zulässig wäre, dann wäre doch auch wohl wie im Falle des § 226, Abs. 1 Nr. 2 vom Gesetz eine Frist bestimmt, innerhalb derer die Einziehung zu erfolgen hätte. Sonst kann ja die Gesellschaft eigene Aktien nach Belieben erwerben, ohne die Einziehung dieser Aktien durchführen zu müssen. Deshalb muß man annehmen, daß der Erwerb als eine der Einziehung vorausgehende Maßnahme sich lediglich nach den Vorschriften über den Erwerb richtet, ohne daß es auf die Art der später zu erfolgenden Einziehung ankommt.[20])

Bei der Inpfandnahme eigener Aktien kann praktisch als gestatteter Ausnahmefall nur die Inpfandnahme eigener Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft in Frage kommen, und zwar sind bei der Berechnung der 10% alle schon erworbenen oder zum Pfande genommenen Aktien zusammenzurechnen. Eine Inpfandnahme zwecks Ausführung einer Einkaufskommission oder zwecks Einziehung ist begrifflich gar nicht denkbar. Beim Erwerb durch einen Dritten für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft können alle Ausnahmefälle, der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens, zwecks Ausführung einer Einkaufskommission und zwecks Einziehung praktisch werden. Hierbei hat die Einziehung 6 Monate nach der Vereinbarung mit dem Dritten bzw. wenn der Erwerb erst später erfolgt, 6 Monate nach dem Erwerb zu erfolgen.

Im Vorstehenden sind die vom Gesetz geregelten Ausnahmefälle von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien behandelt. Das G.m.b.H.-Ges. kennt entsprechende Fälle nicht. Das liegt an der besonderen Struktur der Aktiengesellschaft, an dem größeren Interesse, das die Oeffentlichkeit an den Verhältnissen der A.G. hat und daran, daß die Aktien für den Handel geschaffen sind, während es bei der G.m.b.H. einen Handel mit Geschäftsanteilen in diesem Sinne nicht gibt.

---

[20]) Im Ergebnis ebenso: Flechtheim, Bankarch. 1931, 16; Neufeld, § 227,3; Heinz Pinner JW 1931, 2932; Goldschmit § 226,25; A. M. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226,20; Netter ZBH 1931, S . 249.

B. G.m.b.H.-Recht.

Bei der G.m.b.H. ist die Rechtslage viel weniger kompliziert als bei der A.G. Als einzige Ausnahme vom Erwerbsverbot ist hier gesetzlich der Fall geregelt, daß die G.m.b.H. volleingezahlte Geschäftsanteile erwirbt und der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. Das ist dann der Fall, wenn die Aktiven abzüglich der Schulden größer als das Stammkapital sind. Zwar ist der Erwerb volleingezahlter Geschäftsanteile auch sonst gültig, aber dieser Erwerb ist doch vom Gesetz, wenn auch nur durch eine Sollvorschrift, verboten. Bei Bezahlung aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen ist aber der Erwerb ausdrücklich erlaubt. Nicht ausgeschlossen bleibt aber auch hier eine Ersatzpflicht der Geschäftsführer für den Fall, daß sie durch den Erwerb gegen den Gesellschaftsvertrag oder gegen ihren Anstellungsvertrag verstoßen haben.[21])

C. Nicht im Gesetz geregelte Ausnahmefälle.

Hiermit wäre die Behandlung der im Gesetz geregelten Ausnahmefälle von dem Grundsatz des Verbots des Erwerbs eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile erschöpft. Dennoch ist die Aufzählung aller Ausnahmefälle noch nicht vollständig. Denn es gibt außerdem noch Fälle, bei denen die Gründe für das Erwerbsverbot nicht vorliegen und die deshalb, obwohl sie im Gesetz nicht besonders aufgeführt sind, zu den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen hinzukommen. Im Gegensatz zu den gesetzlich geregelten Fällen lassen sich hier auch einige Uebereinstimmungen zwischen dem Aktienrecht und dem Recht der G.m.b.H. feststellen.

Da ist zunächst der Fall des unentgeltlichen Erwerbs zu betrachten, sei es, daß er auf Grund einer Schenkung oder auf Grund einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses erfolgt. Im Gesetz ist der Fall des unentgeltlichen Erwerbs bei beiden Gesellschaftsformen nicht geregelt. Dem Wortlaut des Gesetzes nach müßte man daher annehmen, daß auch der unentgeltliche Erwerb verboten ist. Dennoch würde eine solche Annahme dem vom Gesetz verfolgten Zielen vollkommen widersprechen. Die oben angegebenen Gründe für das Erwerbsverbot, insbesondere der Schutz der Gläubiger und Aktionäre, haben für den Fall keine Bedeutung, daß die Gesellschaft eigene Mittel für den Erwerb gar nicht aufwendet. Hier ist eine Gefahr weder für Gläubiger noch für Aktionäre gegeben, und der Gefahr, die in der nachträglichen Einziehung der Aktien bzw. der Geschäftsanteile für Gläubiger und Aktionäre liegt, wird durch andere für den Fall der Einzie-

[21]) Staub-Hachenburg, § 33, Anm. 8.

hung anzuwendende Vorschriften begegnet. Deshalb dürften dem unentgeltlichen Erwerb sowohl bei der A.G. wie bei der G.m.b.H. keine Bedenken entgegenstehen, obwohl der Wortlaut im Gegensatz zum früheren Recht, unter dem der unentgeltliche Erwerb von Aktien unbedenklich zulässig war, weil er außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs lag, etwas anderes zu sagen scheint.[22])

Außerdem besteht, wenigstens für Aktiengesellschaften, auch ein wirtschaftliches Bedürfnis dafür, den unentgeltlichen Erwerb zuzulassen, da zu Sanierungen von Gesellschaften oft der Weg gewählt wird, daß die Aktionäre der Gesellschaft unentgeltlich Aktien zur Verfügung stellen.[23])

Alles Vorstehende gilt allerdings nur, wenn die unentgeltlich erworbenen Aktien bzw. die Geschäftsanteile bereits voll eingezahlt sind. Ist das nicht der Fall, so wendet zwar auch die Gesellschaft nicht eigene Mittel für den Erwerb auf, aber, was dem wirtschaftlich gleichkommt, sie verliert ihren Anspruch auf Zahlung des noch ausstehenden Betrages. Deshalb ist hier auch der unentgeltliche Erwerb nicht gestattet.[24])

Weitere Fälle des in den §§ 226 HGB und 33 G.m.b.H.-Ges. nicht besonders erlaubten, aber dennoch nicht verbotenen Erwerbs sind bei der A.G. die Kaduzierung[25]) (§§ 219 ff. HGB) und bei der G.m.b.H. die Kaduzierung und der Abandon. Da hier besondere gesetzliche Regelungen vorliegen, die die Kaduzierung und den Erwerb infolge des Abandons unter bestimmten Voraussetzungen gestatten, wäre es sinnlos, auf Grund anderer Bestimmungen den Erwerb als verboten zu betrachten.

Dagegen ist der Erwerb eigener Aktien bzw. eigener Geschäftsanteile in der Zwangsvollstreckung nicht als ein erlaubter zu betrachten. Richtig ist, daß dieser Erwerb nicht als ein freiwilliger derivativer Erwerb anzusehen ist, denn durch den Zuschlag wird die Gesellschaft ohne weiteres Eigentümerin. Der Zuschlag ist aber nur eine Folge des freiwilligen Mitbietens seitens der Gesellschaft. Infolgedessen muß der Erwerb in der Zwangsvollstreckung wie ein freiwilliger Erwerb behandelt werden, so daß er also verboten ist.[26])

Neben den erwähnten, nicht im Gesetz geregelten Ausnahmefällen, die sowohl für die A.G. wie für die G.m.b.H. Geltung haben, kommen für die A.G. noch folgende Fälle in Betracht.

---

[22]) Ebenso die durchaus herrschende Lehre.
[23]) Staub-Pinner § 226, Anm. 32.
[24]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, 6; Goldschmit § 226, 6a; Brodmann § 33, 1b.
[25]) Lehmann-Hirsch § 226, Anm. 42.
[26]) Staub-Hachenburg Einleitung zu § 33; Scholz § 33, II 1; Neukamp-Becker § 33, 1c.

Zunächst fällt nicht unter das Verbot des § 226 der Fall des Erwerbs auf dem Wege der Fusion gemäß den §§ 305, 306 HGB. Auch hier sind die Bedenken, die sonst bei dem Erwerb eigener Aktien bestehen, nicht vorhanden. Wenn die übertragende Gesellschaft Aktien der aufnehmenden Gesellschaft besitzt, so brauchen diese von der aufnehmenden Gesellschaft nicht umgetauscht zu werden. Die aufnehmende Gesellschaft erwirbt ihre im Besitz der übertragenden Gesellschaft befindlichen Aktien ebenso wie das ganze übrige Vermögen der übertragenden Gesellschaft. Die aufnehmende Gesellschaft gibt im Ergebnis keine Vermögenswerte für die übernommenen eigenen Aktien weg. Infolgedessen besteht keine Veranlassung, den Erwerb eigener Aktien auf dem Wege der Fusion zu verbieten. Dieser Erwerb stellt sich als ein weiterer im Gesetz nicht geregelter Ausnahmefall von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien dar.[27])

Endlich gehört hierher noch folgender Fall. Nach dem Gesetz ist der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft sowie dann, wenn die Aktien für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben werden, verboten, ferner ist der Erwerb durch eine abhängige Gesellschaft und schließlich dann verboten, wenn die Aktien für Rechnung der abhängigen Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die abhängige Gesellschaft erworben werden. Nun kann es vorkommen, daß innerhalb dieser eben aufgezählten Gruppen die Aktien übertragen werden. Es kann also z. B. vorkommen, daß jemand, der Aktien einer Gesellschaft für deren Rechnung besitzt, die Aktien auf die Gesellschaft überträgt, oder daß eine abhängige Gesellschaft, die Aktien der herrschenden Gesellschaft besitzt, diese auf die herrschende Gesellschaft überträgt. Für diese und die entsprechenden anderen Fälle, in denen ein Wechsel im Besitz der Aktien innerhalb der angegebenen Gruppen stattfindet, fragt es sich, ob ein Verstoß gegen § 226 vorliegt. Die Frage ist zu verneinen. Die Vorschriften des § 226 können sich nur auf den Erwerb beziehen, durch den zum ersten Mal eine der aufgeführten Gruppen die Aktien erworben hat. Ist durch diesen Erwerb ein Verstoß gegen § 226 begangen worden, so kommen dessen Vorschriften bei diesem Erwerb natürlich zur Anwendung. In der Weiterübertragung aber liegt dann kein neuer Verstoß gegen § 226, vielmehr tritt dieser Erwerb erst nach dem bereits erfolgten Verstoß ein, und war der erste Erwerb durch einen Ausnahmefall von § 226 gedeckt, so schadet es auch nichts, wenn nach diesem erlaubten Erwerb eine Weiterübertragung in der angegebenen Weise erfolgt.

---

[27]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, 7; Neufeld § 226, 3; Lehmann-Hirsch § 226, 43.

Das Ergebnis ist also, daß in dem Wechsel im Besitz eigener Aktien innerhalb der aufgezählten Gruppen ein weiterer nicht gesetzlich geregelter Ausnahmefall zu sehen ist.[28])

Die Untersuchung hat demnach ergeben, daß die Ausnahmen im Aktienrecht zahlreicher sind als im G.m.b.H.-Recht. Während den gesetzlich geregelten drei Ausnahmefällen im Aktienrecht nur ein Fall im Recht der G.m.b.H. gegenübersteht, überwiegen ebenso die nicht gesetzlich geregelten Ausnahmefälle des Aktienrechts infolge der größeren Vielseitigkeit der im Aktienwesen vorkommenden wirtschaftlichen Transaktionen die Ausnahmefälle des G.m.b.H.-Rechts.

[28]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, Anm. 8.

VIII. Die Folgen des verbotswidrigen Erwerbs.

A. Die Frage der Wirksamkeit des Erwerbs.

Die Folgen eines trotz des Verbots erfolgten Erwerbs sind sowohl nach dem Aktienrecht wie nach dem Recht der G.m.b.H. verschieden, je nachdem ob die erworbenen Aktien bzw. die erworbenen Geschäftsanteile schon voll eingezahlt sind oder nicht. Im folgenden soll — sowohl bei der A.G. wie bei der G.m.b.H. — nur von den Folgen des „Erwerbs", d. h. des dinglichen Rechtsgeschäfts, gesprochen werden; (über die Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts siehe oben unter V.).

Im Aktienrecht ist der Erwerb voll eingezahlter Aktien, gleichgültig ob der Erwerb verboten war oder nicht, nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 226 Abs. 2 gültig. Und zwar ist er auch dann gültig, wenn der Veräußerer weiß, daß die Voraussetzungen des § 226 Abs. 1 nicht vorliegen.[1]) Dagegen zieht der Erwerb nicht voll eingezahlter Aktien und der Erwerb von Interimsscheinen Nichtigkeit des Erwerbs nach sich, und zwar auch dann, wenn die Parteien glaubten, die Aktien seien schon voll bezahlt.[2]) Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes, nach dem die Gesellschaft eigene Aktien — abgesehen von den Ausnahmefällen - „nicht erwerben darf". Aber wenn man auch diese Ausdrucksweise des Gesetzes nicht unbedingt als Beweis für die Nichtigkeit gelten lassen will, dann geht sie doch klar aus § 226 Abs. 2

[1]) Goldschmit § 226, Anm. 27.
[2]) Ebenso Staub-Pinner § 226, Anm. 21; Goldschmit a. a. O.

hervor, der die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien ausspricht, es sei denn, daß auf sie der Nennbetrag oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist. Da der Erwerb solcher Aktien also von der Wirksamkeit ausgenommen ist, ist die Folge für solchen Erwerb Nichtigkeit. Ueber die Wirkung des Erwerbs eigener Interimsscheine ist im Gesetz gar nichts besonderes gesagt. Aber für den Fall der Wirksamkeit wäre dies sicher ebenso wie bei den voll eingezahlten Aktien im Gesetz besonders erwähnt. Außerdem werden die Interimsscheine im § 226, Abs. 1, Satz 2 mit den nicht voll eingezahlten Aktien völlig auf eine Stufe gestellt, so daß keine Veranlassung besteht, bei der Frage der Wirksamkeit des Erwerbs irgendwelche Unterschiede zu machen. Ein Erwerb nicht voll eingezahlter Aktien sowie ein Erwerb von Interimsscheinen ist also nichtig[3]), wenn nicht etwa der Erwerb unter der Bedingung erfolgt ist, daß die Aktien vollständig eingezahlt werden. In diesem Falle kommt der Erwerb dem von voll eingezahlten Aktien praktisch gleich.

An der Nichtigkeit des Erwerbs ändert sich auch dadurch nichts, daß die Generalversammlung einen Beschluß gefaßt hat, nachdem verbotenermaßen eigene Aktien erworben werden sollen, und somit der Verwaltung Anweisung gegeben hat, den Erwerb durchzuführen. Zunächst würde sich an den Gründen, die für die Bestimmung der Nichtigkeit maßgebend sind, auch dadurch nichts ändern, daß dem Erwerb ein Generalversammlungsbeschluß vorangegangen ist. Im übrigen liegt aber ein wirksamer Beschluß gar nicht vor, da durch den Beschluß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoßen ist. Und da diese gesetzlichen Bestimmungen sogar im Interesse der Oeffentlichkeit, nämlich im Interesse von Aktionären und Gläubigern geschaffen sind, würde sich die Nichtigkeit[4]), nicht nur die Anfechtbarkeit[5]) des Beschlusses ergeben.

Zweifelhaft ist, ob — bezüglich der Nichtigkeit — dem Erwerb durch die Gesellschaft der Erwerb gleichzusetzen ist, der durch einen Dritten, aber für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erfolgt. Wollte man für diesen Erwerb ebenfalls Nichtigkeit annehmen, so könnten für die Oeffentlichkeit die schwersten Schäden entstehen. Denn der Veräußerer von Aktien kann ja regelmäßig nicht wissen, ob der Erwerber die Aktien für fremde Rechnung oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch eine Gesellschaft erwirbt. Abgesehen hiervon ist das, was den Gesetzgeber veranlaßt hat, den Erwerb für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft

[3]) Goldschmit § 226, Anm. 27.
[4]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, Anm. 22.
[5]) So Lehmann-Hirsch § 227a, 2; Neufeld § 227a, 3.

zu verbieten, nicht der Erwerb durch den Dritten, sondern die Tatsache, daß der Erwerb gerade für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme der Kursgarantie durch dieselbe erfolgt. Deshalb wird es richtig sein, den Abs. 2 des § 226 auf den Abs. 3 in der Form anzuwenden, daß nicht der Erwerb durch den Dritten unwirksam ist, sondern die Vereinbarung der Gesellschaft mit dem Dritten, durch die die Gesellschaft die Kursgarantie übernimmt oder durch die bestimmt wird, daß der Erwerb für Rechnung der Gesellschaft erfolgen soll. Diese Vereinbarung ist dann nichtig.[6]) Voraussetzung ist allerdings, daß der entsprechende Erwerb durch die Gesellschaft nichtig wäre, daß es sich also um Interimsscheine oder nicht voll eingezahlte Aktien handelt.

Ebenso wie der Erwerb von Interimsscheinen und nicht voll eingezahlten Aktien nichtig ist, ist auch die Inpfandnahme nichtig. Aus der Nichtigkeit des Erwerbs folgt, daß das Aktienrecht dem zusteht, dem es vorher zugestanden hat, und daß die Gesellschaft von ihr gemachte Leistungen auf Grund des § 812 BGB zurückfordern kann; aus der Nichtigkeit der Inpfandnahme folgt, daß ein Pfandrecht der Gesellschaft nicht entstanden ist.

Entsprechend der Regelung des Aktienrechts ist der Erwerb eigener voll eingezahlter Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. in jedem Falle gültig, da es sich bei der Bestimmung des § 33 Abs. 2 lediglich um eine Sollvorschrift handelt.[7]) Dagegen zieht der der Bestimmung des § 33 Abs. 1 zuwider erfolgte Erwerb Nichtigkeit des Erwerbs nach sich[8]), es sei denn, daß der Erwerb unter der Bedingung erfolgt, daß der noch ausstehende Betrag eingezahlt wird.[9]) Auch hier wird der Erwerb, wie im Aktienrecht, nicht dadurch gültig, daß die Parteien irrtümlich annahmen, daß der Anteil schon voll eingezahlt sei.[10]) Es kommt für die Frage, ob die Stammeinlage schon voll eingezahlt ist, auf den Augenblick des Erwerbs an. Deshalb wird an der Nichtigkeit auch dadurch nichts geändert, daß die Gesellschaft einen nicht voll eingezahlten Geschäftsanteil wieder veräußert und die Stammeinlage vom Erwerber voll eingezahlt wird.[11]) Andererseits ist es unschädlich, daß, nachdem die Stammeinlage schon voll eingezahlt war, sie verbotswidrig ganz oder teilweise wieder zurückgezahlt wird.[12])

---

[6]) Flechtheim Bankarch. 1931, 67; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, 29; Neufeld § 226, 6. Dagegen ist Goldschmit § 226, 27 für Nichtigkeit des Erwerbs.

[7]) Staub-Hachenburg § 33, Anm. 8, 9.

[8]) Dieselben § 33, Anm. 5; RG in DJZ. 1915, S. 423.

[9]) Scholz § 33, II, 1; RG in DJZ 1913, S. 867.

[10]) Brodmann § 33, 1b; Scholz § 33, II, 2.

[11]) Scholz § 33, II, 3; Brodmann § 33, 1b; OLG Karlsruhe in der Badischen Rechtspraxis 1912, S. 63, Nr. 20.

[12]) Scholz § 33, II, 2.

B. Die Ersatzpflicht der Verwaltung.

Abgesehen von der unmittelbar eintretenden Folge der Nichtigkeit kann sich an den verbotswidrigen Erwerb eigener Aktien und eigener Geschäftsanteile die weitere Folge der Ersatzpflicht der Verwaltung knüpfen. Vor der Aktiennovelle war sedes materiae für die Haftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft § 241 HGB, und für den Fall des verbotswidrigen Erwerbs oder der Inpfandnahme eigener Aktien war die Ersatzpflicht noch besonders in Abs. 3 Nr. 3 statuiert. Die Haftung des Aufsichtsrats regelte § 249. Für den besonderen Fall des verbotswidrigen Erwerbs ist jetzt die Regelung der Haftung sowohl des Vorstands wie des Aufsichtsrats in einem neuen § 227 a geregelt, ohne daß die Bestimmung des § 241 Abs. 3 Nr. 3 aufgehoben worden wäre. Diese ist aber infolge der neuen Regelung gegenstandslos geworden. Andererseits darf nicht vergessen werden, daß der § 227 a an die Stelle der alten Regelung getreten ist, und es ist bei seiner Auslegung darauf zu achten, daß er in den Rahmen der sonstigen Bestimmungen der §§ 241, 249 gehört.[13]) Als Parallelvorschrift zu dem § 227 a HGB tritt ihm für das Recht der G m.b.H. die Bestimmung des § 43 Abs 3 Satz 1 G.m.b.H.-Gesetz zur Seite, in der u. a. die Haftung der Geschäftsführer für verbotswidrigen Erwerb eigener Geschäftsanteile geregelt ist.

Die Ersatzpflicht der Mitglieder des Vorstands der A.G. tritt nach § 227 a für den Fall ein, daß entgegen der Vorschrift des § 226 eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft erworben oder als Pfand genommen werden. Die Worte „oder einer anderen Gesellschaft" können in diesem Zusammenhang nur den Fall treffen, daß eine abhängige Gesellschaft entgegen der Bestimmung des § 226 Abs. 4 Aktien der herrschenden Gesellschaft erwirbt oder zum Pfande nimmt.

Die Mitglieder des Vorstands sind „zum Ersatze verpflichtet". Hiermit ist die in § 241 gebrauchte Ausdrucksform wiedergekehrt, und eine schon für den § 241 vorhandene Streitfrage wird hier von neuem aufgerollt, nämlich die Frage, ob es sich bei der Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder um eine reine Schadensersatzpflicht handelt oder ob mit der Tatsache des Erwerbs oder der Inpfandnahme ohne weiteres die Vorstandsmitglieder zum Ersatz des aufgewendeten Betrages verpflichtet sind, unabhängig davon, ob ein Schaden tatsächlich eingetreten ist oder nicht. Die letztere Ansicht wird insbesondere von Goldschmit[14]) und Brodmann[15]) vertreten. Diese erklären, daß ein Verstoß gegen § 226 durch die Vorstandsmitglieder die Ersatzpflicht auch dann nach sich zieht, wenn überhaupt kein Schaden entstanden ist. Es ist aber durch-

[13]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 227 a, Anm. 1.
[14]) Goldschmit § 227 a, Anm. 4.
[15]) Brodmann § 241, Anm. 3 b.

aus nicht einzusehen, warum in solchem Falle die Gesellschaft sich auf Kosten der Vorstandsmitglieder bereichern sollte. Vielmehr besteht auch hier nur dann Veranlassung, die Vorstandsmitglieder für ersatzpflichtig zu erklären, wenn durch ihr Verhalten der Gesellschaft wirklich ein Schaden entstanden ist.[16]) Immerhin ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Beweislast. Wenn die Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder einen Ersatzanspruch geltend macht, weil diese ihre im § 241 Abs. 1 statuierte Pflicht zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben, so hat nach allgemeinen Grundsätzen die Gesellschaft zu beweisen, daß ihr durch die Maßnahmen des Vorstandes ein Schaden erwachsen ist. Die gegenteilige Meinung, die auch vom Reichsgericht[17]) vertreten wird, daß nämlich infolge der auf den §§ 666, 675 BGB beruhenden Auskunfts- und Rechenschaftspflicht die klagende Gesellschaft nichts zu beweisen habe, dürfte zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führen, da die Gesellschaft jede objektiv rechtswidrige Maßnahme des Vorstands zum Anlaß einer Klage gegen diesen nehmen könnte, wobei diesem dann jedesmal der sehr schwierige Beweis obliegen würde, daß durch seine Maßnahme ein Schaden nicht entstanden ist. Im allgemeinen hat daher die Gesellschaft für die Entstehung des Schadens die Beweislast. Bei dem Erwerb eigener Aktien liegt es aber anders. Das Gesetz hat den Erwerb grundsätzlich verboten. Daraus folgt zunächst, daß der Vorstand, wenn er das Vorliegen eines Ausnahmefalls behauptet, auch die im konkreten Falle vorliegende Zulässigkeit des Erwerbs zu beweisen hat. Daraus folgt aber noch mehr. Der Erwerb ist u. a. auch deswegen verboten, weil durch ihn die Interessen der Gesellschaft und damit der Aktionäre schwer geschädigt werden können und in vielen Fällen auch geschädigt werden. Da also gewissermaßen vermutet wird, daß durch den Erwerb ein Schaden für die Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand, wenn er den Eintritt eines Schadens bestreitet, für diese Behauptung auch die Beweislast.[18])

Obwohl im § 227 a nichts besonderes gesagt ist, tritt doch nach allgemeinen Grundsätzen eine Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn die Vorstandsmitglieder ohne Verschulden gehandelt haben.[19]) Wie schon erwähnt, ist der § 227 a nur im Rahmen des § 241 zu verstehen, da er als besondere Regelung an die Stelle des § 241 Abs. 3 Nr. 3 getreten ist. Die Haftung nach § 241 tritt aber nur ein, wenn die Mitglieder des Vorstands bei ihrer Ge-

[16]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 227 a, 6; Staub-Pinner § 227 a, 2; Neufeld § 227 a, 4.

[17]) RGZ Bd. 98, S. 98.

[18]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 2; Neufeld § 227 a, Anm. 4; OLG Köln in JW 1930, S. 2800.

[19]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 3; Neufeld § 227 a, Anm. 3.

schäftsführung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes beobachtet haben. Das muß auch bei der Anwendung des § 227 a gelten. Allerdings ist hier, da die Vorstandsmitglieder auf Grund ihres Vertrages gemäß den §§ 666, 675 BGB eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht trifft, anzunehmen, daß sie zu beweisen haben, daß sie die ihnen obliegende Sorgfaltspflicht nicht vernachlässigt haben.[20]) Das gilt ebenso wie für § 241 auch für § 227 a. Werden aber infolge des Erwerbs eigener Aktien Vorstandsmitglieder in Anspruch genommen, so haben sie gegebenenfalls zu beweisen, daß es sich um einen zulässigen Erwerb handelte, und wenn dieser Beweis nicht gelingt, daß durch den Erwerb kein Schaden entstanden ist und erforderlichenfalls, daß sie kein Verschulden trifft. Ein Verschulden würde beispielsweise dann zu verneinen sein, wenn sie glaubten und glauben durften, daß der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft erforderlich wäre, oder wenn sie bei einem Erwerb zur Einziehung von vornherein annehmen konnten, daß die Generalversammlung einen Einziehungsbeschluß fassen würde.[21])

Die Ersatzpflicht tritt nach dem Gesetzestext dann ein, wenn entgegen der Vorschrift des § 226 eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft erworben oder als Pfand genommen werden. Die Ersatzpflicht tritt ein unabhängig davon, ob der Erwerb wirksam war oder nicht.[22]) Gerade im Falle der Wirksamkeit ist es rechtlich unmöglich, von dem Kontrahenten den gezahlten Betrag zurückzubekommen. In solchem Falle muß aber bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden, daß die Gesellschaft durch den Besitz der Aktien auch Vorteile haben kann. Da ferner im § 226 dem Erwerb und der Inpfandnahme die Fälle gleichgestellt werden, in denen Aktien der Gesellschaft von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben werden, müssen diese Fälle auch in § 227 a dem Erwerb gleichgestellt werden, so daß also die Haftung der Vorstandsmitglieder auch dann ausgelöst wird, wenn derartige Vereinbarungen mit Dritten getroffen werden.[23])

Ersatzpflichtig sind nach § 227 a die Mitglieder des Vorstands. Das Gesetz hat diese Ausdrucksweise gewählt, weil nicht der Vorstand als solcher ersatzpflichtig gemacht werden soll.[24]) Im letzteren Falle würde, wenn ein Vorstandsmitglied gegen das Verbot des § 226 verstoßen hat, der ganze Vorstand in Anspruch genom-

---

[20]) Herrschende Lehre.
[21]) Neufeld § 227 a, Anm. 3.
[22]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 227 a, Anm. 2.
[23]) Dieselben § 227 a, Anm. 2 a; Neufeld § 227 a, Anm. 2.
[24]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 4.

men werden können. Die Ersatzpflicht soll aber nur diejenigen treffen, denen wirklich ein Verschulden zur Last fällt. Dazu braucht der Erwerb nicht unbedingt persönlich vorgenommen zu sein. Es genügt, wenn ein Vorstandsmitglied von dem bevorstehenden Erwerb wußte und ihn nicht verhindert hat, obwohl es ihm möglich war. Soweit möglich, haben die Vorstandsmitglieder sogar eine gegenseitige Ueberwachungspflicht. In großen Unternehmungen ist die Geschäftsverteilung unter den Vorstandsmitgliedern besonders geregelt, so daß es dem Vorstandsmitglied, in dessen Ressort der Erwerb nicht fällt, meist unmöglich sein wird, das betreffende Vorstandsmitglied zu überwachen und den Erwerb zu verhindern. Hier ist ein Verschulden nur dann zu bejahen, wenn schon in der Geschäftsverteilung als solcher eine Fahrlässigkeit zu finden ist. Jedenfalls muß bei jedem Vorstandsmitglied gesondert geprüft werden, ob ein Verschulden vorliegt.[25]) Ist diese Frage bei mehreren zu bejahen, so haften diese als Gesamtschuldner, wobei sich wiederum der Ausgleich im Innenverhältnis nach § 426 BGB richtet.

Erwirbt eine abhängige Gesellschaft verbotswidrig Aktien oder Interimsscheine der herrschenden Gesellschaft, so hat grundsätzlich nur die abhängige Gesellschaft einen Verstoß gegen § 226 begangen, und deswegen sind die Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft dieser und deren Gläubigern gegenüber ersatzpflichtig.[26]) (Ist die abhängige Gesellschaft keine A.G. oder K.G. a. A., dann ist eine Ersatzpflicht nach Aktienrecht überhaupt nicht gegeben, sondern höchstens nach den für die betreffende Gesellschaftsform in Frage kommenden Bestimmungen. Allerdings können die Gläubiger der Gesellschaft keine Ansprüche geltend machen). Es besteht aber zunächst keine Ersatzpflicht gegenüber der herrschenden Gesellschaft, abgesehen von dem Fall, daß diese gleichzeitig Gläubigerin der abhängigen Gesellschaft ist. Des weiteren besteht aber auch keine Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft.[27]) Denn es können nur die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft in Anspruch genommen werden, die den Verstoß begangen hat. Eine Haftung der Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft ist daher nur dann denkbar, wenn sie an dem Erwerb durch die abhängige Gesellschaft beteiligt war. Das wiederum würde dann der Fall sein, wenn die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden für deren Rechnung erwirbt.[28]) Hier tritt auch die Haftung der Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft ein.

---

[25]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 4; Brodmann § 241, Anm. 2 b.
[26]) Staub-Pinner § 227 a, Anm 5.
[27]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 5; Flechtheim Bankach. 1931, S. 14; Netter ZBH 1931; S. 247.
[28]) Staub-Pinner § 227 a, 5; Lehmann-Hirsch § 226, Anm. 35.

Neben den Vorstandsmitgliedern sind nach § 227 a Abs. 2 auch die Aufsichtsratsmitglieder zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten der Erwerb eigener Aktien oder eine dem Erwerb gleichgestellte Handlung vorgenommen wird, und zwar haften sie gegebenenfalls mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner (§ 249, Abs. 2).

Ebenso wie § 227 a Abs. 1 nur im Zusammenhang mit § 241 verstanden werden kann, kann § 227 a Abs. 2 nur im Zusammenhang mit § 249, der seinerseits wieder auf § 241, Abs. 3 u. 4 verweist, verstanden werden. Für die Ersatzfrage und die Beweislastfrage gilt hier im allgemeinen das gleiche wie beim Vorstand. Nur ist die Verschuldensfrage hier noch in besonderer Weise geregelt. Während nach § 249 Abs. 1 die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben, also auch für Fahrlässigkeit haften, verlangt § 227 a, daß der Erwerb mit Wissen und ohne Einschreiten der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt ist. Das bedeutet, daß fahrlässiges Verhalten nicht genügt. Positives Wissen ist erforderlich, Wissenmüssen nicht genügend. Trotz diesem Wissen müssen die Aufsichtsratsmitglieder nicht „eingeschritten" sein. Wie sie einzuschreiten haben, ist im Gesetz nicht gesagt, kann auch nicht allgemeingültig gesagt werden. Es kommt auf den konkreten Fall an. Der Aufsichtsrat hat z. B. die Möglichkeit, gemäß § 246 Abs. 2 eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen. Er hat ferner die Möglichkeit, gegen den Vorstand nach § 247 Abs. 2 Klage zu erheben. Mitunter wird es schon genügen, wenn Bedenken gegenüber dem Erwerb geäußert werden. Jedenfalls ist der Aufsichtsrat verpflichtet, alles zu tun, wozu er berechtigt ist und was geeignet ist, den Erwerb zu verhindern.[29]) Ob er im Einzelfall das Erforderliche getan hat, das zu beurteilen bleibt Aufgabe des Richters. Natürlich kann sich das Aufsichtsratmitglied nicht dadurch der Haftung entziehen, daß es aus dem Aufsichtsrat ausscheidet.[30])

Die Ersatzpflicht tritt gegenüber der Gesellschaft und unter Umständen auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ein. Das wird durch den Hinweis auf § 241 Abs. 4 im § 227 a Abs. 3 noch besonders ausgedrückt. Einem Schadensersatzanspruch gegenüber, der von der Gesellschaft geltend gemacht wird, kann sich regelmäßig die Verwaltung darauf berufen, daß die Generalversammlung selbst die Maßnahme beschlossen hat, aus deren Vornahme jetzt der Anspruch hergeleitet wird.[31]) In solchem Falle könnte der Gesellschaft arglistiges Verhalten entgegengehalten werden. Doch ist das nur dann der Fall, wenn ein voll-

[29]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 7.
[30]) Staub-Pinner a. a. O.
[31]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 9.

gültiger Beschluß vorliegt. Schon dann, wenn der Beschluß anfechtbar ist, wird sich die Verwaltung nicht auf ihn berufen können, da es zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung gehört, einen solchen Beschluß anzufechten und sie auch hierzu nach § 271 Abs. 4 die Möglichkeit hat.[32])

Wenn der Beschluß nun überhaupt nichtig ist, dann kann sich die Verwaltung um so weniger auf ihn berufen. Ein Fall der Nichtigkeit liegt aber dann immer vor, wenn die Generalversammlung beschließt, eigene Aktien zu erwerben.[33]) Denn hier ist gegen Vorschriften verstoßen, die im öffentlichen Interesse gegeben sind, und das hat die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge. Daraus ergibt sich, daß sich die Verwaltung, die wegen verbotswidrigen Erwerbs eigener Aktien von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, nicht darauf berufen kann, daß die Generalversammlung den Erwerbsbeschluß selbst gefaßt habe. Sie kann sich nur in dem Ausnahmefall darauf berufen, daß sie die Nichtigkeit des Beschlusses weder erkannte noch sie zu erkennen brauchte.[34])

Außer der Haftung gegenüber der Gesellschaft, ist gemäß § 241 Abs. 4 auch eine Ersatzpflicht gegenüber den Gläubiger der Gesellschaft gegeben, soweit diese von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen können. Der Beweis für die Nichterlangung der Befriedigung braucht nicht gerade durch den Nachweis einer fruchtlosen Pfändung, sondern kann auf irgendeine Art und Weise geführt werden. Von dieser Haftung werden die Mitglieder der Verwaltung auch nicht dadurch befreit, daß die Gesellschaft auf ihren Anspruch verzichtet oder daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht (§ 241, Abs. 4, Satz 2). Wenn der Anspruch der Gläubiger durch Verzicht der Gesellschaft nicht untergeht, dann kann er ebensowenig durch Entlastung seitens der Gesellschaft untergehen.[35]) Darauf, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht, kann sich, wie wir gesehen haben, die Verwaltung für den Fall des Erwerbs eigener Aktien schon der Gesellschaft gegenüber nicht berufen.

Im Rechte der G.m.b.H. findet sich in der Frage der Haftung der Verwaltung für verbotswidrigen Erwerb eigener Geschäftsanteile eine sehr weitgehende Uebereinstimmung mit dem Aktienrecht, so daß in vielen Fragen auf dieses verwiesen wer-

---

[32]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 227 a, 5; Goldschmit, die A.G., § 241, 4; Lehmann-Hirsch § 227 a, 6; A. M. Brodmann § 241, 1 e; OLG Hamburg in LZ 1917, 823.

[33]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 9; Flechtheim Bankarch. 31, S. 14.

[34]) Staub-Pinner § 227 a, Anm. 9.

[35]) Flechtheim Bankarch. 31, S. 14; Schlegelberger-Quaskowski-Schmölder § 227 a, 6; Lehmann-Hirsch §227 a, Anm. 6.

den kann. Nach § 43 Abs. 1 G.m.b.H.-Ges. haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Besonders wird noch in § 43, Abs. 3 die Ersatzpflicht für den Fall festgestellt, daß den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Gleichgültig ist auch hier, ob der Erwerb nach § 33 Abs. 1 nichtig oder nach § 33 Abs. 2 wirksam ist. Ausgeschlossen ist der Ersatzanspruch nur, wenn der Erwerb aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen erfolgt ist. Immer aber ist auch hier ein Verschulden der Geschäftsführer Voraussetzung.[36])

Nach § 43 sind entsprechend den §§ 227 a und dem § 241 HGB die Geschäftsführer zum Ersatz verpflichtet. Die auch hier auftauchende Frage, ob es sich um eine Schadensersatzpflicht handelt oder ob mit der Tatsache des Erwerbs immer ein Ersatzanspruch gegeben ist, unabhängig von dem Eintritt eines Schadens, ist auch hier aus denselben Gründen wie im Aktienrecht im ersteren Sinne zu entscheiden.[37])

Ebenso wie im Aktienrecht dürfte auch die Beweislastfrage zu entscheiden sein. Obwohl regelmäßig die Gesellschaft den Geschäftsführern zu beweisen hat, daß ihr ein Schaden entstanden ist[38]), dürfte gerade bei dem verbotswidrigen Erwerb eigener Geschäftsanteile, bei dem der Eintritt eines Schadens von dem Gesetz gewissermaßen als Regel angenommen wird, die Beweislast dafür, daß trotz des Erwerbs kein Schaden entstanden ist, die Geschäftsführer treffen. Ferner trifft die Geschäftsführer auch die Beweislast für die Behauptung, daß sie schuldlos gehandelt haben.[39])

Ersatzpflichtig sind die Geschäftsführer. Haben mehrere Geschäftsführer den Erwerb vorgenommen, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 43, Abs. 2). Aber auch wenn ein Geschäftsführer von dem Erwerb durch einen anderen wußte und den Erwerb, obwohl er es konnte, nicht verhindert hat, haftet er neben den anderen als Gesamtschuldner. Auch wenn die Geschäftsbefugnisse unter den Geschäftsführern verteilt sind, kann sich aus demselben Grunde die Ersatzpflicht eines Geschäftsführers ergeben, der nicht unmittelbar beim Erwerbe beteiligt war.

Während für die A.G. das Vorhandensein eines Aufsichtsrates obligatorisch ist, steht es bei der G.m.b.H. den Gesellschaftern frei, im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, daß ein Auf-

---

[36]) Neukamp-Becker § 43, 6; Staub-Hachenburg § 43, 18; A. M. Liebmann § 43, 6; Parisius-Crüger § 43, 4.

[37]) Staub-Hachenburg §43, 19; Scholz § 43 IV, 4; A. M. Neukamp-Becker §43, Anm. 6.

[38]) Staub-Hachenburg § 43, 4.

[39]) Brodmann § 43, 2; Scholz § 43, III, 2.

sichtsrat zu bestellen ist. Ist die Bestellung eines Aufsichtsrats erfolgt, dann ist seine Haftung im § 52 geregelt. In dieser Bestimmung wird auf den § 249 Abs. 1 u. 2 HGB verwiesen. Demnach haben die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, und nach Abs. 2 haften sie bei Verletzung ihrer Obliegenheiten der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden. Auf den § 249 Abs. 3 HGB ist im § 52 nicht verwiesen. Hieraus ergeben sich eine Reihe von Abweichungen gegenüber dem Aktienrecht.

a) Hat die A.G. eigene Aktien unzulässigerweise erworben, dann haften die Mitglieder des Aufsichtsrats nur, wenn der Erwerb mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten geschehen ist. Eine Fahrlässigkeit reicht hier nicht aus. Im G.m.b.H.-Recht bleibt es bei den allgmeinen Bestimmungen, d. h. werden eigene Geschäftsanteile erworben, so haften die Mitglieder des Aufsichtsrats auch dann, wenn in dem Erwerb eine Fahrlässigkeit ihrerseits zu finden ist, also auch dann, wenn sie fahrlässigerweise von dem Erwerb nichts wußten und ihn deshalb nicht verhindert haben.

b) Während bei der A.G. die Haftung auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft besteht, besteht sie bei der G.m.b.H. nur gegenüber der Gesellschaft.

c) Anders als bei dem Ersatzanspruch gegen die Geschäftsführer kann die Gesellschaft wirksam auf ihren Ersatzanspruch verzichten, gleichgültig, ob das sonstige Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht oder nicht.

Nach §§ 43, 52 haften die Geschäftsführer bzw. die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft. Auch hier entsteht die Frage, ob die Verwaltung sich dem Anspruch der Gesellschaft gegenüber auf einen Beschluß der Gesellschafter berufen kann, durch den die betreffende Maßnahme angeordnet worden ist. Jedoch ergeben sich hier einige Abweichungen gegenüber dem Aktienrecht. Es ist auch hier der Grundsatz aufzustellen, daß die Gesellschaft arglistig handeln würde, wenn sie die Verwaltung wegen einer Maßnahme in Anspruch nehmen würde, die sie selbst beschlossen hat.[40]) Während aber nach diesseitiger Auffassung sich bei der A.G. die Verwaltung nicht auf einen anfechtbaren Beschluß der Generalversammlung berufen kann, weil sie das Recht und die Pflicht hatte, diesen Beschluß im Wege der Klage anzufechten, ist bei der G.m.b.H. die Sachlage deswegen anders, weil hier die Verwaltung nicht die Möglichkeit hat, einen Gesellschaf-

[40]) Scholz § 43, II; Staub-Hachenburg § 43, Anm. 5.
[41]) Staub-Hachenburg § 45, 22; Scholz § 43, II; Brodmann § 47, 4 h.

terbeschluß anzufechten. Eine dem § 271 Abs. 4 entsprechende Bestimmung fehlt im G.m.b.H.-Gesetz und kann infolge ihrer singulären Natur auch nicht auf das G.m.b.H.-Recht ausgedehnt werden.[41]) Da mithin die Verwaltung nicht die Möglichkeit hat, den anfechtbaren Beschluß aus der Welt zu schaffen, kann man es ihr nicht zum Vorwurf machen, wenn sie einen solchen Beschluß ausführt. Deswegen kann sie sich im Gegensatz zum Aktienrecht auch auf einen anfechtbaren Beschluß der Gesellschafterversammlung berufen. Auf diese Frage wird es aber für den Fall des Erwerbs eigener Geschäftsanteile nicht ankommen. Faßt nämlich die Gesellschafterversammlung einen Beschluß, durch den die Verwaltung angewiesen wird, eigene Geschäftsanteile zu erwerben, so verstößt sie damit, wenn nicht der Erwerb voll eingezahlter Geschäftsanteile aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen erfolgen kann, gegen zwingende gesetzliche Vorschriften, und infolgedessen ist der Beschluß nichtig. Auf einen nichtigen Beschluß kann sich aber die Verwaltung ebenso wenig wie im Aktienrecht berufen.[42]) Der Schadensersatzanspruch ist also trotz des Beschlusse begründet.

Im Gegensatz zum Aktienrecht ist bei der G.m.b.H. eine Ersatzpflicht nur gegenüber der Gesellschaft vorgesehen. Die Gläubiger der Gesellschaft dagegen können aus eigenem Recht gegen die Geschäftsführer keine Ansprüche geltend machen.[43]) Sie haben höchstens die Möglichkeit, die Ansprüche der G.m.b.H. gegen die Geschäftsführer pfänden und sich überweisen zu lassen. Besteht demnach auch kein selbständiger Anspruch der Gläubiger, so hat doch das Gesetz im Interesse der Gläubiger einige ihre Interessen schützenden Bestimmungen getroffen. Zwar wird § 43 Abs. 3 S. 3, worin bestimmt ist, daß, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben wird, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben, nicht sehr praktisch werden, da sich die Geschäftsführer ohnehin wegen der Nichtigkeit des Beschlusses nicht auf ihn berufen können. Aber es wird in § 43 Abs. 3 noch auf § 9 Abs. 2 verwiesen. Hiernach sind Verzichtleistungen und Vergleiche der Gesellschaft in Betreff der Ersatzansprüche insoweit unwirksam, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Wenn also die Gläubiger auch selbst keine Ansprüche gegen die Geschäftsführer haben, so ist doch immerhin für ihren Schutz Sorge getroffen. Daß aber dieser Schutz nicht so stark ist wie im Aktienrecht, liegt auf der Hand.

---

[42]) Staub-Hachenburg § 43, 5; Scholz § 43, II. A. M. Anscheinend Brodmann § 43, 1 c.

[43]) Scholz § 43, III, 1; Staub-Hachenburg § 43, 8.

IX. Der Erwerb durch eine abhängige Gesellschaft.

Das gesetzlich ausgesprochene Verbot des Erwerbs eigener Aktien würde praktisch einen erheblichen Teil seiner Bedeutung verlieren, wenn es der A.G. möglich wäre, das Verbot dadurch zu umgehen, daß sie die Aktien zwar nicht selbst erwirbt, den Erwerb aber durch eine von ihr beherrschte Tochtergesellschaft ausführen läßt. Rechtlich würde dann zwar die Tochtergesellschaft Eigentümerin werden, aber wirtschaftlich — und darauf kommt es bei dieser Frage an — hätte die Muttergesellschaft den Erwerb vorgenommen, bei dem die Tochtergesellschaft nur die Rolle des Werkzeugs gespielt hätte. Um diesen Möglichkeiten entgegenzutreten, hat die Novelle in § 226 Abs. 4 den Erwerb durch eine abhängige Gesellschaft nur in demselben Umfange gestattet, in dem der Erwerb durch die herrschende Gesellschaft selbst vorgenommen werden dürfte.

Die Regelung des § 226 Abs. 4 geht von dem Gedanken aus, daß die herrschende und die abhängige Gesellschaft rechtlich zwar zwei verschiedene Personen sind, daß sie aber wirtschaftlich betrachtet als eine einheitliche Person zu betrachten sind. Es kann zwar nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber hier zu dem Problem herrschende-abhängige Gesellschaft im Sinne der Einheitlichkeitstheorie Stellung genommen hat[1]), für die namentlich der Fall der hundertprozentigen Beteiligung (Einmanngesellschaft) zu sprechen scheint. Für den Fall des Erwerbs eigener Aktien aber ist durch die neue Regelung der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität zur Anerkennung gelangt.

„Herrschende Gesellschaft" kann nach dem Gesetz eine A.G. oder ein KGaA sein. Bei anderen Gesellschaften ist ja auch der Erwerb eigener Aktien begrifflich gar nicht denkbar. „Abhängige Gesellschaft" kann eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gesellschaft sein. Letztere beruht auf landesrechtlichen Bestimmungen und ist in Preußen durch das Berggesetz von 1865, in Baden durch ein Gesetz von 1890, das dem Preußischen Gesetz nachgebildet ist, geregelt. Handelsgesellschaften sind sicher die im HGB als solche bezeichneten, also OHG, KG, A.G. und KGaA. Ausdrücklich von den Handelsgesellschaften ausgenommen ist die

[1]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, Anm. 32.

stille Gesellschaft, ferner gehören nicht hierher die Geellschaft des BGB, die besonders für Kartelle und Konsortien bevorzugt wird, und die eingetragenen Genossenschaften. Zweifelhaft ist es bei dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Man wird ihn nicht zu den Handelsgesellschaften rechnen können[2]), da nach § 16 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen die Vorschriften der §§ 1—7 HGB keine Anwendung finden. Sind sie mithin nicht Kaufmann, so wird man sie auch nicht als Handelsgesellschaft ansprechen können, da für diese die Kaufmannseigenschaft ohne weiteres gegeben ist (§ 6 HGB).

Das Gesetz sagt nichts darüber, ob der Begriff „abhängige Gesellschaft" auch auf ausländische Gesellschaften anwendbar ist. Dagegen wurde vorgebracht, daß der Ausdruck „Handelsgesellschaft" ein terminus technicus des deutschen Rechts ist und daß außerdem der deutsche Gesetzgeber nicht bestimmen kann, welche Folgen sich an den Erwerb von Aktien durch eine ausländische Gesellschaft knüpfen.[3]) Daß der Begriff „Handelsgesellschaft" ein dem deutschen Recht eigenartiger ist, mag sein, dennoch aber besteht keine Veranlassung, die dem deutschen Recht entsprechenden Gesellschaftsformen des ausländischen Rechts ebenso wie die deutschen zu behandeln. Und was den Einwand der Kompetenz des deutschen Gesetzgebers betrifft, so werden folgende beiden Fragen miteinander verbunden, die scharf getrennt zu behandeln sind. 1. Ist es überhaupt möglich, daß eine ausländische Gesellschaft eine abhängige im Sinne des § 226 Abs. 4 ist? 2. Wieweit können die deutschen Gesetze auf einen Erwerb durch eine solche Gesellschaft Anwendung finden? Die erste Frage ist m. E. unbedenklich zu bejahen[4]), denn die Tatsache der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen kann an keine Landesgruppe gebunden sein. Die zweite Frage ist nach dem internationalen Privatrecht zu beurteilen.[5]) Findet hiernach das deutsche Recht Anwendung, dann richten sich die Folgen des Erwerbs nach dem HGB, anderenfalls nach dem ausländischen Recht. Wenn man aber sagen würde, eine ausländische Gesellschaft kann überhaupt nicht eine von einer deutschen Gesellschaft abhängige sein, würde es ein leichtes sein, die Bestimmung des § 226 Abs. 4 durch Gründungen von ausländischen Gesellschaften zu umgehen.

Nach der gesetzlichen Definition ist eine abhängige Gesellschaft eine solche, die auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer A.G. oder KGaA steht. Diese ganz allgemein

---

[2]) Goldschmit § 226, 12; Lehmann-Hirsch § 226, 16; A. M.; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, Anm. 34.
[3]) Lehmann-Hirsch § 226, Anm. 17.
[4]) Horrwitz-Ullmann § 226, Anm. 10.
[5]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder § 226, Anm. 35.

gehaltene Definition läßt im einzelnen manche Zweifelsfragen aufkommen und ist wegen ihrer Ungenauigkeit nicht gerade geeignet, eine sichere Grundlage bei der Behandlung von Einzelfällen zu bieten. Deshalb sind auch in der Literatur verschiedene Definitionen zu finden. Kronstein, der sich in einer Monographie mit dem Problem der abhängigen juristischen Person beschäftigt hat[6]), bezeichnet eine solche juristische Person als abhängig, „deren Willen planmäßig in einer auf die Dauer bestimmten Weise von einer oder mehreren Personen festgelegt wird, über deren Gewinn — wenn sie solchen überhaupt haben darf — in erheblichem Umfang von vornherein zu Gunsten anderer verfügt ist oder deren Zweck sich in der Tätigkeit für andere erschöpft.[7]) Man kann diese Definition kürzer dahin zusammenfassen, daß man die Abhängigkeit darin sieht, daß die Willensbildung der einen Gesellschaft von der anderen entscheidend bestimmt wird.[8]) Denn dann bezieht sich die Abhängigkeit auch auf die Verfügung über den Gewinn und die Zweckrichtung der Tätigkeit. Ob die Abhängigkeit auf rechtlicher oder tatsächlicher Grundlage beruht, dürfte gleichgültig sein.[9]) Denn für die wirtschaftliche Betrachtungsweise, aus der heraus die Bestimmung des § 226 Abs. 4 entstanden ist, kann das keinen Unterschied machen, wenn nur die Abhängigkeit überhaupt gegeben ist. Die Abhängigkeit ist also auch dann vorhanden, wenn der Hauptaktionär der herrschenden gleichzeitig auch Hauptaktionär der abhängigen Gesellschaft ist, oder wenn sonst ein Fall der Personalunion bei den maßgebenden Faktoren, die die Abhängigkeit ausmachen, gegeben ist. Es kommt nicht darauf an, ob eine Gesellschaft unmittelbar von einer Gesellschaft beherrscht wird oder ob noch eine andere Gesellschaft dazwischensteht, die also im Verhältnis zu der einen die Rolle der herrschenden und im Verhältnis zu der anderen die Rolle der abhängigen Gesellschaft spielt. Die Gesellschaft A, die von der Gesellschaft B beherrscht wird, wird also auch von der Gesellschaft C beherrscht, wenn B von C beherrscht wird.

Durch welche Mittel die Abhängigkeit erreicht werden muß, darüber gibt uns das Gesetz nur sehr beschränkte Auskunft. Es führt den Fall der Abhängigkeit auf Grund von Beteiligung als Beispiel an und fügt hinzu „oder in sonstiger Weise". Hiermit ist der Hauptfall der Abhängigkeit hervorgehoben, ihm aber auch sonst jede Art der Abhängigkeit gleichgestellt. Daß durch die

---

[6]) Kronstein, die abhängige juristische Person.
[7]) Kronstein, S. 7.
[8]) SchlegelbergerQuassowski-Schmölder § 226, 33; Staub-Pinner, § 226, Anm. 5.
[9]) SchlegelbergerQuassowski-Schmölder § 226, 33; Staub-Pinner, § 226, 26. A. M. Lehmann-Hirsch, § 226, 23.

Worte „in sonstiger Weise" nur eine „der Beteiligung wesensähnliche Herrschaftsgrundlage gedeckt wird"[10]), dafür bietet zunächst der Gesetzestext nicht den geringsten Anhaltspunkt. Darüber hinaus aber ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen die Unterscheidung zwischen der auf Beteiligung und der Beteiligung wesensähnlicher Grundlage beruhenden Abhängigkeit und der auf anderer Grundlage beruhenden gerechtfertigt sein sollte. Wenn das Gesetz nun einmal von dem Standpunkt ausgeht, daß der Erwerb durch die abhängige Gesellschaft dem Erwerb durch die herrschende gleichsteht, dann kann es bei konsequenter Durchführung dieses Standpunktes nicht darauf ankommen, wodurch die Abhängigkeit herbeigeführt wird, zumal außer der Beteiligung noch eine ganze Reihe anderer Mittel für die Begründung der Abhängigkeit verwandt werden.

Man kann die Fälle der Abhängigkeit mit Kronstein[11]) in drei große Gruppen einteilen, die organisatorische, die vertragsmäßige und die stimmenmäßige Abhängigkeit. Unter der organisatorischen Abhängigkeit versteht Kronstein den Fall, daß im Statut der abhängigen Gesellschaft der Einfluß der herrschenden geregelt ist, z. B. daß die herrschende Gesellschaft das Recht hat, eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats zu benennen. Die vertragsmäßige Abhängigkeit besteht darin, daß durch Vereinbarungen, die zwischen einer juristischen Person und Dritten getroffen werden, der herrschenden Gesellschaft die Möglichkeit gegeben wird, auf die Willensbildung der abhängigen Person einen entscheidenden Einfluß auszuüben. Stimmenmäßig ist die Abhängigkeit dann, wenn die herrschende Gesellschaft kraft ihrer kapitalsmäßigen Beteiligung, sei es selbst, sei es durch Dritte, mit denen ein sogenannter Konsortial- oder Poolvertrag geschlossen ist, ihren Willen bei der abhängigen Gesellschaft durchsetzen kann. Im einzelnen kommen folgende Hauptfälle der Beherrschung in Betracht.

a) Vom Gesetz besonders hervorgehoben ist die Abhängigkeit auf Grund von Beteiligungen. Sie ist der in der Praxis häufigste Fall und liegt vor, wenn die herrschende Gesellschaft einen ausschlaggebenden Teil der Anteile an der abhängigen Gesellschaft besitzt. In welcher Form die Anteile vorhanden sind, richtet sich ganz nach der Struktur der abhängigen Gesellschaft. Die Anteile können in Form von Aktien, Kapitalanteilen, Geschäftsanleihen, Kuxen etc. vorhanden sein. Von diesen Anteilen braucht die herrschende Gesellschaft nicht unbedingt die Mehrheit zu haben. Unter Umständen kann hier eine Minderheit genügen.[12])

---

[10]) Horrwitz-Ullmann § 226, Anm. 12.
[11]) Kronstein, S. 7.
[12]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 33; Neufeld, § 226, 5; Goldschmit § 226, 14.

Allerdings muß man in solchem Falle, wenn an vor einer herrschenden Gesellschaft sprechen will, sehr vorsichtig sein. Denn die Beherrschung muß ein Dauerzustand sein. Es genügt nicht, wenn die herrschende Gesellschaft infolge schwachen Besuchs der Generalversammlung einmal oder mehrere Male die Mehrheit hat. Vielmehr kann, wenn nur eine Minderheit in der Hand einer Gesellschaft ist, von einer Beherrschung nur gesprochen werden, wenn erfahrungsgemäß diese Minderheit immer oder fast immer ausreicht, um die anderen zu überstimmen, sei es, daß gewisse Anteile nie vertreten werden, sei es, daß nie eine geschlossene Opposition gegen die Minderheit auftritt.

b) Die herrschende Gesellschaft braucht die Anteile nicht immer aus eigenem Rechte zu besitzen. Wenn also z. B., wie das häufig vorkommt, einer Bank Aktien in Verwahrung gegeben werden, mit der Berechtigung, das Stimmrecht im eigenen Namen geltend zu machen (sog. Legitimationszession), so kann die Bank auf diese Weise zur herrschenden Gesellschaft über eine andere werden.[13]) Allerdings kann man auch hier von einer Beherrschung nur sprechen, wenn durch die Legitimationsübertragung der Bank auf die Dauer die Möglichkeit verschafft wird, einen beherrschenden Einfluß auf die Willensbildung der anderen Gesellschaft auszuüben und nicht etwa nur vorübergehend.

c) Ferner ist es möglich, einen beherrschenden Einfluß auf eine andere Gesellschaft auf Grund von Mehrheitsverhältnissen auszuüben, ohne die Mehrheit der Anteile selbst zu besitzen, indem mit Dritten ein Pool- oder Konsortialvertrag abgeschlossen wird. Durch einen solchen Vertrag, dessen Gültigkeit allgemein bejaht wird, verpflichtet sich beispielsweise jemand, der ein großes Aktienpaket einer Gesellschaft hat, einer anderen Gesellschaft gegenüber in der Generalversammlung nach deren Weisungen zu stimmen. Hier beeinflußt die eine Gesellschaft durch Anweisungen an den Dritten die andere Gesellschaft ebenso, wie wenn ihr selbst das Aktienpaket gehören würde.

d) Neben diesen Fällen, die in den Rahmen der oben erörterten stimmenmäßigen Abhängigkeit fallen, kommt die Abhängigkeit durch Besetzung von Stellen in der Verwaltung durch die herrschende Gesellschaft in Betracht. Dies geschieht, wie schon erwähnt, dadurch, daß in der Satzung der abhängigen Gesellschaft der herrschenden das Recht eingeräumt ist, die betreffenden Stellen zu besetzen (organisatorische Abhängigkeit) oder dadurch, daß der herrschenden Gesellschaft das Recht eingeräumt wird, bei der Besetzung dieser Stellen mitzuwirken (vertragsmäßige Abhängigkeit).

e) Wenn man noch die Fälle erwähnt, in denen die Abhängigkeit dadurch herbeigeführt wird, daß leitende Persönlichkeiten

---

[13]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 33 A. M. Lehmann-Hirsch, § 226, 27; Goldschmit, § 226, 14.

zweier Gesellschaften identisch sind oder dadurch, daß durch Kreditgewährung einer Gesellschaft an eine andere diese in eine wirtschaftliche Abhängigkeit zu der kreditgewährenden tritt[14]), dürften damit die wichtigsten Fälle der Abhängigkeit aufgezählt sein.

Liegt ein Fall der Abhängigkeit vor, so darf nach § 226 die abhängige Gesellschaft Aktien oder Interimsscheine der herrschenden Gesellschaft nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen der Absätze 1—3 erwerben oder als Pfand nehmen. Da durch die Gründung abhängiger Gesellschaften das Verbot des Erwerbs eigener Aktien umgangen werden könnte, war diese Bestimmung nötig. Herrschende und abhängige Gesellschaft müssen insofern als wirtschaftlich identisch betrachtet werden, so daß es nicht darauf ankommt, welche von den beiden Gesellschaften die Aktien erwirbt. Es wird immer so angesehen, als ob die herrschende Gesellschaft sie erworben hätte. Deshalb müssen auch, wenn die Zulässigkeit des Erwerbs wegen Vorliegens eines Ausnahmefalles behauptet wird, die Verhältnisse der herrschenden Gesellschaft als maßgebend angesehen werden.[15]) Deshalb ist es auch nicht erforderlich, daß die abhängige Gesellschaft die Aktien oder Interimsscheine für Rechnung der herrschenden Gesellschaft erwirbt. Ein solcher Erwerb wäre ohnehin nach § 226 Abs. 3 verboten. Die Besonderheit des Abs. 4 liegt eben darin, daß die Voraussetzungen des Abs. 3 nicht vorzuliegen brauchen.

Dem Erwerb durch die abhängige Gesellschaft stehen ebenso wie beim Erwerb durch die Gesellschaft selbst die im Abs. 3 aufgeführten Fälle gleich, also die Inpfandnahme oder der Erwerb durch einen Dritten für Rechnung der abhängigen Gesellschaft oder unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die abhängige Gesellschaft. Die Folgen des Erwerbs sind auch hier verschieden, je nachdem, ob voll eingezahlte oder nicht voll eingezahlte Aktien erworben werden.

Daß bei dem Erwerb die Verhältnisse der herrschenden Gesellschaft maßgebend sind, hat besondere Bedeutung für die Fälle, in denen der Erwerb ausnahmsweise gestattet ist. Wenn der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft zulässig ist, so kann das hier nur bedeuten, daß der schwere Schaden der herrschenden Gesellschaft zu drohen hat.[16]) Daß der Erwerb „notwendig" ist, ist aber nicht so zu verstehen, als ob der Erwerb durch die Gesellschaft das einzige Mittel zur Abwendung eines schweren Schadens sein muß. Der Erwerb wird vielmehr auch dann von der Ausnahmebestimmung gedeckt, wenn er z. B. auch von der herrschenden Gesellschaft vorgenommen werden

[14]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 33.
[15]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 39.
[16]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 42.

könnte, wenn nur der Erwerb als solcher überhaupt notwendig war.[17])

Streit hat sich an die Frage geknüpft, ob der Höchstsatz von 10% vom Grundkapital der herrschenden oder der abhängigen Gesellschaft zu berechnen ist. Die Beantwortung dieser Frage läßt sich aus dem Gesetz nicht ablesen. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes kann aber nur die herrschende Gesellschaft gemeint sein, weil der Erwerb ja wirtschaftlich als ein Erwerb durch diese anzusehen ist.[18]) Außerdem würde die Bestimmung des Abs. 4, wenn die Höhe des Grundkapitals der abhängigen Gesellschaft maßgebend wäre, dadurch leicht zu umgehen sein, daß entweder mehrere abhängige Gesellschaften gegründet werden oder daß man eine Gesellschaft mit besonders hohem Grundkapital gründet. Deshalb kann es nur auf das Grundkapital der herrschenden Gesellschaft ankommen. In den Höchstsatz von 10% müssen aber natürlich nicht nur die Aktien der herrschenden Gesellschaft eingerechnet werden, welche diese selbst schon besitzt, sondern auch die, die die abhängige Gesellschaft besitzt und die, die ein anderer für Rechnung der herrschenden oder abhängigen besitzt und die, die ein anderer unter Uebernahme einer Kursgarantie durch die abhängige oder die herrschende Gesellschaft erworben hat.

Die zweite Ausnahme besteht in dem Erwerb voll bezahlter Aktien, durch den eine Einkaufskommission ausgeführt wird und die dritte in dem Erwerb zum Zwecke der Einziehung. Die Errechnung der 10% des Grundkapitals erfolgt hier ebenso wie bei dem Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens. Als zur Einziehung erworben gelten hier die Aktien nur dann, wenn sie binnen 6 Monaten von der herrschenden Gesellschaft eingezogen werden; die abhängige Gesellschaft kann natürlich die Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht selbst einziehen.

Schließlich ist durch § 226, Abs. 4, S. 2 auch die Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft verboten. Während im übrigen in § 226 nur das Verbot derivativen Erwerbs geregelt ist, ist hier ein Fall originären Erwerbs — einen solchen stellt die Zeichnung dar — geregelt. Unter dem früheren Recht war die Zulässigkeit einer solchen Zeichnung bestritten. Diese Streitfrage ist nun im Sinne der Unzulässigkeit der Zeichnung entschieden worden. Es wird aber noch besonders bestimmt, daß trotz eines Verstoßes gegen diese Vorschrift die Zeichnung dennoch wirksam ist.

---

[17]) Dieselben a. a. O.; Flechtheim, Bankarch. 31, S. 13.

[18]) Staub-Pinner, § 226, 27; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 42; Lehmann-Hirsch, § 226, 50; Flechtheim, Bankarch. 31, 13; Netter, ZBH 31, 244. A. M. Goldschmit, § 226, 15.

XI. Der Einfluß des Erwerbes auf die mit der Aktie bezw. dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte.

An den Besitz einer Aktie und ebenso an den Besitz eines Geschäftsanteils knüpfen sich eine Reihe von Rechten gesellschaftsrechtlicher und vermögensrechtlicher Art. Da die Aktie und der Geschäftsanteil nicht untergehen, wenn sie auf die Gesellschaft übertragen werden, so taucht die Frage auf, ob die mit der Aktie und dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte auch nach dem Erwerb durch die Gesellschaft weiter fortbestehen. Denn die Gesellschaft tritt nicht in die Mitgliedschaft des Veräußerers ein, vielmehr geht die Mitgliedschaft unter und die Gesellschaft erwirbt nur den Anteil am Gesellschaftsvermögen.[1]) Vor der Aktiennovelle war im Gesetz keine Bestimmung hierüber zu finden. Für das Recht der G.m.b.H. ist dies auch heute noch nicht der Fall. Aber für das Aktienrecht ist im § 226, Abs. 5 bestimmt, daß das Stimmrecht und das Dividendenrecht aus eigenen Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, ruhen. Es ist aber zu beachten, daß der Abs. ebenso wie auch die beiden anderen Bestimmungen des § 226 sich nur auf Aktien beziehen, die auf derivativem Wege erworben sind; nicht dagegen auf Aktien, die jemand als Gründer oder Zeichner für Rechnung der Gesellschaft erworben hat.[2])

a) Stimmrecht. Die früher immerhin nicht ganz unbestrittene Frage des Stimmrechts aus eigenen Aktien ist jetzt durch den Gesetzgeber beantwortet. Aber schon vor dieser Regelung wurde sie von der herrschenden Lehre in demselben Sinne entschieden[3]); und sie muß nach dieser Regelung im Aktienrecht umsomehr für das G.m.b.H.-Recht ebenso beantwortet werden. Eine andere Ansicht würde, wie Brodmann[4]) zutreffend hervorhebt, an einem inneren Widerspruch leiden. Durch die Stimmabgabe durch die einzelnen Gesellschafter soll der Wille der Gesellschaft festgestellt werden. Man würde dieser Feststellung vorgreifen, wenn man die Gesellschaft schon vorher in einem bestimmten Sinne sich äußern läßt. Man kann also die Gesellschaft nicht ihren Willen äußern lassen bei Beschlüssen, die erst ergeben sollen, welches der Wille der Gesellschaft ist. Deshalb ist nicht nur für die A.G., sondern

---

[1]) Feine S. 416.

[2]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 47; Flechtheim Bankarch. 31, S. 15; Lehmann-Hirsch, § 226, 64.

[3]) Vgl. RGZ 103, 64.

[4]) Brodmann, § 33, Anm. 2 b. Ebenso Feine S. 420.

auch für die G.m.b.H. das Ruhen des Stimmrechts aus eigenen Geschäftsanteilen, die der Gesellschaft gehören, anzunehmen.[5])

Ferner ruht nach § 226 Abs. 5 das Stimmrecht aus eigenen Aktien, die einem Dritten für Rechnung der Gesellschaft gehören. Die Bestimmung ist auch materiell neu. Unter dem alten Recht konnte das nicht angenommen werden. Denn Eigentümer der Aktie ist der Dritte, und er ist deswegen, weil er die Aktie für Rechnung der Gesellschaft besitzt, auch nicht verpflichtet, in einem bestimmten Sinne zu stimmen. Ohne die ausdrückliche Gesetzesbestimmung konnte daher das Ruhen des Stimmrechts nicht angenommen werden. Und es kann auch jetzt noch nicht angenommen werden, wenn — was allerdings nicht allzu häufig vorkommen wird — ein Dritter einen Geschäftsanteil für Rechnung der G.m.b.H. besitzt. Die Bestimmung des Aktienrechts wird man hier nicht zur analogen Anwendung bringen können. Sie beruht auf der besonderen Struktur des Aktienwesens, in dem das Verbot des Erwerbs eigener Aktien oft dadurch umgangen wird, daß ein Dritter die Aktien für Rechnung der Gesellschaft erwirbt, was jetzt allerdings auch verboten ist. Auf die Verhältnisse bei der G.m.b.H. kann die Bestimmung des § 226 Abs. 5, soweit sie sich auf Aktien bezieht, die einem Dritten für Rechnung der A.G. gehören, nicht übertragen werden. Es bedarf hierzu schon einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

Nicht erwähnt sind im § 226 Abs. 5 die Aktien, die einem Dritten gehören, für die aber die Gesellschaft eine Kursgarantie übernommen hat und die Aktien, die sich im Besitze einer abhängigen Gesellschaft befinden. Bei diesen beiden Kategorien kommt eine entsprechende Behandlung für die G.m.b.H. nicht in Betracht. Eine Kursgarantie kann eine G.m.b.H. gar nicht übernehmen, weil es für Geschäftsanteile einen Kurs überhaupt nicht gibt. Und ebensowenig kann eine G.m.b.H. eine herrschende Gesellschaft sein, sondern nur eine A.G. oder eine KGaA. Die Behandlung der beiden angeführten Kategorien hat daher nur für das Aktienrecht Bedeutung.

Auffällig ist die Tatsache, daß sie im § 226 Abs. 5 überhaupt nicht erwähnt sind, obwohl sie sonst — beim Erwerb — dem Erwerb durch die Gesellschaft oder einem Dritten für deren Rechnung gleichgestellt werden, und man könnte geneigt sein, deswegen das Stimmrecht aus ihnen zu bejahen. Immerhin ist die Fassung des Gesetzes kein sicheres Argument.

Wenn ein Dritter Aktien der Gesellschaft besitzt, für die diese eine Kursgarantie übernommen hat, so ist aber das Stimmrecht aus ihnen deswegen zu bejahen, weil sie der Dritte mit eigenen

[5]) RGZ 103, 64; Unger, S. 48; Liebmann-Sänger, § 33, Anm. 6; Crüger-Crecelius, § 33, Anm. 1. A. M. Staub-Hachenburg, § 33, Anm. 16; Runkel-Langsdorf, S. 19.

Mitteln und für eigene Rechnung erworben hat, sodaß auch die Uebernahme der Kursgarantie an dem Stimmrecht nichts ändert.[6])

Anders liegt der Fall, in dem eine abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden besitzt. Hier ist m. E. das Stimmrecht zu verneinen. Ein Argument hierfür könnte man schon aus dem Entwurf zum neuen Aktienrecht herleiten, der in § 95 Abs. 5 das Ruhen des Stimmrechts aus denjenigen Aktien bestimmt, die jemand zu Gunsten einer abhängigen Gesellschaft besitzt. Wenn schon diese Aktien kein Stimmrecht gewähren, können die Aktien, die die abhängige Gesellschaft selbst besitzt, erst recht kein Stimmrecht gewähren. Aber der Entwurf kann zur Begründung deswegen nur mit Bedenken herangezogen werden, weil er eben nur ein Entwurf und noch nicht Gesetz ist. Aber es muß zur Verneinung die Ueberlegung führen, daß ja die abhängige Gesellschaft nur nach den Intentionen der herrschenden stimmt, und infolgedessen der Fall ebenso zu behandeln ist, wie wenn die herrschende Gesellschaft sich selbst an der Abstimmung beteiligt. Ich möchte daher, obwohl die Anhänger der gegnerischen Ansicht in der Literatur in der Mehrzahl zu sein scheinen, zu einer Verneinung des Stimmrechts für die Aktien kommen, die sich in der Hand einer abhängigen Gesellschaft befinden.[7])

b) Dividendenrecht. Ebenso wie für das Stimmrecht ordnet der § 226 Abs. 5 HGB das Ruhen des Anspruchs auf den Reingewinn aus eigenen Aktien an, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören. Für das G.m.b.H.-Recht fehlt auch hier eine entsprechende Bestimmung. Dennoch wird man für die G.m.b.H., soweit eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft gehören, zu demselben Ergebnis kommen müssen.[8]) Wenn eine Gesellschaft eigene Aktien bzw. eigene Geschäftsanteile besitzt, so würde ihr der Anspruch auf den Reingewinn selbst zustehen. Die Gesellschaft ist also Gläubigerin und Schuldnerin in einer Person. Dennoch kann nicht angenommen werden, daß der Anspruch durch die Konfusion erlischt. Sonst brauchte ja das Ruhen überhaupt nicht angeordnet zu werden. Aber praktisch kann der Anspruch, obwohl er entstanden ist, nicht durchgesetzt werden. Obwohl der Gewinn nun nicht ausgezahlt wird, ist er doch als solcher zu buchen, und er kommt zu dem übrigen Vermögen der Gesellschaft hinzu. Bei der nächsten Gewinnausschüttung kommt er dann den anderen Gesellschaftern zugute[9]), nicht etwa kann der Gewinn sofort unter die übrigen Gesellschafter verteilt werden, als

---

[6]) Staub-Pinner, § 226, 31; Neufeld, § 226, Anm. 8; Goldschmit, §226, 30.

[7]) Ebenso Goldschmit, § 226, 31; Neufeld, § 226, Anm. 8. A. M. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, 47; Flechtheim, Bankarch. 31, 15; Horrwitz-Ullmann, § 226, 30; RGZ 115, 253.

[8]) Staub-Hachenburg, § 226, 15; Scholz § 33, IV, 2 a.

[9]) Unger, S. 42; Staub-Hachenburg, § 33, Anm. 15; Staub-Pinner, § 226, Anm. 30, Feine S. 419.

ob der eigene Anteil überhaupt nicht vorhanden sei.[10]) Was den Anspruch aus dem Reingewinn aus eigenen Geschäftsanteilen anlangt, die einem Dritten für Rechnung der G.m.b.H. gehören, so ist hier die Ausdehnung des § 226, Abs. 5 auf das G.m.b.H.-Recht aus denselben Gründen abzulehnen wie beim Stimmrecht aus solchen Geschäftsanteilen. Der Anspruch auf den Reingewinn aus solchen Geschäftsanteilen ist daher zu bejahen. Große praktische Bedeutung wird allerdings auch hier die Frage nicht haben.

Dem Aktienrecht eigenartig ist die Frage des Dividendenrechts aus eigenen Aktien, die einem Dritten gehören und für die die A.G. eine Kursgarantie übernommen hat, sowie aus eigenen Aktien, die einer abhängigen Gesellschaft gehören. Beide Fragen sind im Gesetz nicht geregelt.

Bei dem Vorhandensein der Uebernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft kann an dem Dividendenrecht des Dritten m. E. kein Zweifel bestehen. Die Kursgarantie bezweckt gerade dem Dritten wirtschaftliche Vorteile zu sichern. Es wäre daher merkwürdig, wenn ihm auf der anderen Seite Vorteile durch das Ruhen des Dividendenanspruches verloren gehen sollten. Der Dritte hat die Aktien überdies mit eigenen Mitteln und auf eigene Rechnung erworben.[11])

Ebenso ist das Dividendenrecht aus eigenen Aktien zu bejahen, die einer abhängigen Gesellschaft gehören, obwohl nach diesseitiger Ansicht das Stimmrecht aus solchen Aktien nicht gegeben ist. Die abhängige Gesellschaft ist in ihrem Vermögen rechtlich selbständig. Und wenn auch das Stimmrecht aus Aktien der herrschenden Gesellschaft, die der abhängigen gehören, verneint wurde, weil durch die Stimmabgabe die herrschende Gesellschaft gewissermaßen selbst stimmt, so muß das Dividendenrecht im Interesse der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft bejaht werden.[12]) Die abhängige Gesellschaft hat selbständig Gläubiger und Schuldner. Für die Gläubiger ist es wichtig, daß alle Gewinne, die die abhängige Gesellschaft macht, dieser auch tatsächlich zufließen. Deshalb muß auch der Dividendenanspruch durchgesetzt werden können.

c) Liquidationsquote. Ein weiteres Recht, das der Inhaber einer Aktie oder eines Geschäftsanteils hat, ist das Recht auf eine Liquidationsquote für den Fall der Auflösung der Gesellschaft. Wenn nun die Gesellschaft aufgelöst wird, so hat es keinen Sinn, sie noch mit einem Vermögensvorteil zu bedenken, da sie ja mit der Auflösung ihre Rechtspersönlichkeit verliert. Es fehlt in diesem Falle eben praktisch die Möglichkeit, den Anspruch auf die Liquidationsquote geltend zu machen. Deswegen ist die Frage, ob

[10]) Neukamp-Becker, § 33, Anm. 3.
[11]) Goldschmit, § 226, 31.
[12]) Ebenso Neufeld, § 226, Anm. 9; Horrwitz-Ullmann, § 226, Anm. 31; Staub-Pinner, § 226, Anm. 31; RGZ 103, 64.

die Gesellschaft aus eigenen Aktien bzw. eigenen Geschäftsanteilen einen Anspruch auf Liquidationsquote hat, für beide Gesellschaftsformen zu verneinen.[13]) Auch die Schriftsteller, die diesen Anspruch bejahen[14]), kommen zu dem Ergebnis, daß nur die übrigen Gesellschafter bedacht werden. Nach deren Ansicht wird der auf die Gesellschaft entfallende Teil als Rechnungsposten berücksichtigt, die entprechende Summe wird dann, unter Berücksichtigung etwaiger Vorzugsrechte, unter die anderen verteilt. Bei dieser Sachlage kann man aber auch sagen, daß nur die von der Gesellschaft verschiedenen Gesellschafter den Anspruch auf die Liquidationsquote haben.

d) Bezugsrecht. Nach dem HGB besteht für den Fall der Kapitalerhöhung ein gesetzliches Bezugsrecht auf junge Aktien; im G.m.b.H.-Gesetz dagegen fehlt eine entsprechende Bestimmung. Die Frage, ob das gesetzliche Bezugsrecht auf eigene Aktien, die der Gesellschaft gehören, auch ausgeübt werden kann, hat daher nur für das Aktienrecht Bedeutung. Hier ist die Möglichkeit der Ausübung des Bezugsrechts zu verneinen und zwar deshalb, weil die Gesellschaft ihre eigenen Aktien nicht zeichnen kann.[15]) Was von den eigenen Aktien gilt, die der Gesellschaft gehören, gilt auch für die, die einer abhängigen Gesellschaft gehören. Denn nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 226, Abs. 4, S. 2 darf auch die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen.

Zweifel sind entstanden, ob die Gesellschaft ein sog. indirektes Bezugsrecht ausüben darf, d. h. die Gesellschaft erwirbt die Aktien von einem Dritten, der die jungen Aktien gezeichnet hat. Hier handelt es sich nicht um die Ausübung des Bezugsrechts, sondern um einen Erwerb von Aktien, dessen Zulässigkeit sich nach § 226 Abs. 1—4 richtet.[16]) Das indirekte Bezugsrecht ist demnach auch nur unter besonderen Bedingungen zulässig. Es dürfte aber nicht richtig sein, es der Gesellschaft ebenso wie das direkte Bezugsrecht überhaupt zu versagen, weil die A.G. nicht das erreichen soll, was ihr unmittelbar, nämlich durch Zeichnung, versagt ist.[17]) Einem Dritten ist es nicht verwehrt, die Aktien der Gesellschaft zu zeichnen, und wenn dieser die Aktien später an die Gesellschaft veräußert, so fehlt jeder Anhaltspunkt für die Feststellung, daß hierdurch das Verbot der Ausübung des Bezugsrechts umgangen sein soll. Es genügt hier, wenn die erschwerten Erfordernisse des § 226, Abs. 1—4 vorliegen.

Wie schon erwähnt, besteht für das Recht der G.m.b.H. ein gesetzliches Bezugsrecht auf neue Stammeinlagen nicht. Aber auch

---

[13]) Vgl. RGZ 103, 66.
[14]) Staub-Hachenburg, § 33, 15; Runkel-Langsdorff, S. 17.
[15]) Die herrschende Lehre.
[16]) Flechtheim, Bankarch. 31, 15; Lehmann-Hirsch-, § 226, 66.
[17]) Goldschmit, § 226, 34.

im übrigen ist nicht anzunehmen, daß die G.m.b.H. eine neue Stammeinlage übernehmen kann.[18]) Nach durchaus herrschender Auffassung ist die nach § 55 G.m.b.H.-Gesetz erfolgende Uebernahme der neuen Stammeinlage ein Vertrag. Diesen Vertrag kann nun die G.m.b.H. nicht mit sich selbst abschließen. Das dürfte der entscheidende Grund dafür sein, daß eine neue Stammeinlage nur von Dritten, mögen sie auch Gesellschafter sein, übernommen werden kann. Die diesem Standpunkt entgegengesetzte Ansicht[19]) muß daran scheitern, daß bei ihr eine rechtliche Konstruktion für die Uebernahme durch die Gesellschaft nicht möglich ist.

e) Bilanzierung. Hat eine A.G. eigene Aktien oder eine G.m.b.H. eigene Geschäftsanteile erworben, dann hat sie ein Vermögensstück erworben, das sie in der Bilanz unter den Aktiven buchen muß. Die Aktiennovelle enthält genaue Vorschriften über die Behandlung eigener Aktien in der Bilanz. Infolgedessen kann kein Zweifel daran bestehen, daß und wie sie in die Bilanz aufgenommen werden müssen. Das G.m.b.H.-Gesetz gibt aber über die Bilanzierung eigener Geschäftsanteile keine Auskunft. Sie sind aber deshalb aufzunehmen, weil sie einen selbständigen Vermögenswert haben[20]), was sich bei der Weiterveräußerung des Geschäftsanteils deutlich zeigt. Das wird m. E. zu Unrecht von Brodmann[21]), Becker[22]) und Feine[23]) bestritten. Diese sind der Ansicht, daß der eigene Geschäftsanteil keinen selbständigen, sondern nur einen Wert habe, der bereits in den übrigen Aktiven steckt. Richtig ist nur, daß der Wert des Geschäftsanteils sich nach dem sonstigen Vermögen der Gesellschaft richtet, er ist aber nicht schon in dem sonstigen Vermögen der Gesellschaft enthalten. Von den angeführten Schriftstellern wird dies jedoch verneint, und Brodmann bejaht die Notwendigkeit der Aufnahme eigener Geschäftsanteile in die Bilanz nur deswegen, weil anderenfalls der Preis, den die Gesellschaft für den Geschäftsanteil gezahlt hat, als Verlust des Jahres erscheinen würde, was er nicht ist, wenn auch der Nutzen des Erwerbes ausschließlich den Gesellschaftern zugute kommt." Das letztere mag zwar richtig sein, ändert aber nichts daran, daß der eigene Geschäftsanteil ein Vermögensstück der Gesellschaft und selbständig verwertbar ist. Jedenfalls besteht Uebereinstimmung darüber, daß der Geschäftsanteil überhaupt in der Bilanz zu berücksichtigen ist.

Wie die Berücksichtigung zu erfolgen hat, ist nur für das Aktienrecht ausgesprochen. Nach § 261 a. I A IV Nr. 5 müssen die

---

[18]) Scholz, § 55, III, 2; Brodmann, § 55, 3 a.
[19]) Staub-Hachenburg, § 55, 14; KG in OLG. 42, 225; Feine S. 419
[20]) Staub-Hachenburg, § 33, 18 a.
[21]) Brodmann, § 33, Anm. 2 h.
[22]) Becker, LZ 1925, S. 836.
[23]) Feine, S. 422.

eigenen Aktien unter Angabe ihres Nennbetrages bei den Aktiven aufgeführt werden; und zwar dürfen sie nach § 261, Nr. 2 höchstens zu den Anschaffungskosten, und wenn diese höher sind als der Börsenpreis bzw., wenn ein solcher nicht vorhanden ist, als der Wert am Bilanzstichtage, höchstens zu diesem angesetzt werden.

Es sind nur die der Gesellschaft gehörigen Aktien in die Bilanz aufzunehmen, nicht dagegen solche, die einem Dritten für Rechnung der Gesellschaft gehören, und auch nicht solche, die eine abhängige Gesellschaft besitzt. Diese Aktien sind aber bei der Bilanz der abhängigen Gesellschaft zu berücksichtigen, da sonst die herrschende Gesellschaft ihre eigenen Aktien einfach der abhängigen überlassen könnte und auf diese Art vermieden werden könnte, daß die eigenen Aktien überhaupt in einer Bilanz erscheinen.[24]) Die Angabe des Nennbetrages ist erforderlich, damit sogleich ein Vergleich mit dem Wert der Aktien möglich ist und auch festgestellt werden kann, ob der nach § 226 bestimmte Höchstsatz schon erreicht ist. Die Aufführung muß unter den Aktiven erfolgen; nicht etwa ist es möglich, den Nennbetrag der eigenen Aktien vom Grundkapital, das auf die Passivseite gehört, abzuschreiben.[25]) Sonst würde, wenn die Aktien unter pari stehen, eine im Verhältnis zu den tatsächlichen Verhältnissen zu günstige Bilanz veröffentlicht werden.

Die Regelung über die Wertangabe der eigenen Aktien entspricht der schon früher herrschenden Auffassung.[26]) Es soll also höchstens der Anschaffungspreis, unter Umständen aber, nämlich wenn er niedriger ist, nur der Börsenpreis des Bilanzstichtages, und bei dessen Fehlen der Wert der Aktien eingesetzt werden.

Für das G.m.b.H.-Recht fehlt jede Bestimmung über die Bilanzierung eigener Geschäftsanteile. Aber es ist nicht zweifelhaft, daß sie nur auf der Aktivseite gebucht werden können. Und zwar dürfen sie nicht etwa zu ihrem Nominalwert angesetzt werden. Sonst würde sich die Gesellschaft Geschäftsanteile, die weniger wert sind als der Nennbetrag, verschaffen, um sie zum Nennbetrag in der Bilanz anzusetzen. Vielmehr ist der wahre Wert des Geschäftsanteils zu ermitteln und dieser in die Bilanz einzusetzen.[27])

---

[24]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 261 a, Anm. 9.
[25]) Flechtheim, Bankarch. 1931, S. 15.
[26]) Vgl. Neufeld, § 261, Anm. 4.
[27]) RG in LZ 1910, 688, Nr. 10; Brodmann, § 33, 2 h; Staub-Hachenburg,

XII. Vereinigung sämtlicher Anteile in der Hand der Gesellschaft.

Es kann vorkommen, und kommt auch mitunter vor, daß alle Aktien einer Aktiengesellschaft oder alle Geschäftsanteile einer G.m.b.H. sich in der Hand einer Person vereinigen. Dann entsteht eine sog. Einmann-Gesellschaft. Die Zulässigkeit einer solchen Gesellschaft wird — wenigstens in Deutschland — von der durchaus überwiegenden Lehre bejaht und bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Ist es aber auch möglich, daß die Gesellschaft selbst ihre sämtlichen Aktien bzw. Geschäftsanteile erwirbt?

Nach der Regelung durch die Aktiennovelle ist es zwar der A.G. nicht gestattet, ihre sämtlichen Aktien zu erwerben; trotz Verstoßes gegen das Verbot ist der Erwerb aber wirksam, wenn es sich um vollbezahlte Aktien handelt. In solchem Fall ist es also denkbar, daß die Gesellschaft ihre sämtlichen Aktien erwirbt, ohne daß § 226 der Wirksamkeit des Erwerbs entgegensteht.

Die G.m.b.H. erwirbt nach § 33 Abs. 2 ebenfalls ihre sämtlichen Geschäftsanteile wirksam, wenn es sich um voll eingezahlte handelt. Auch wenn der Erwerb hierbei nicht aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann, ist er dennoch wirksam, da nur eine Sollvorschrift verletzt wäre. In diesen Fällen taucht die Frage auf, ob die Gesellschaft noch weiter bestehen kann. Große praktische Bedeutung hat diese Frage nicht, für die A.G. noch weniger als für die G.m.b.H. Immerhin kann es vorkommen, und zwar sogar zur Erreichung eines praktischen Erfolges.[1]) Wenn es aber vorkommt, dann wird auch die Frage zu bejahen sein.[2]) Aus dem Gesetz ist nicht ersichtlich, warum die Gesellschaft nicht ihre sämtlichen Aktien bzw. Geschäftsanteile erwerben könnte. Wenn überhaupt der Erwerb wirksam ist, muß auch konsequenterweise der Erwerb der letzten Aktie oder des letzten Geschäftsanteils wirksam sein. Dafür spricht auch, daß ja die Gesellschaft durch Veräußerung von Anteilen jederzeit wieder eine Mehrheit von Gesellschaftern schaffen kann.

Von den Gegnern dieser Ansicht knüpfen Brodmann[3]) und Feine[4]) an den Erwerb des letzten Geschäftsanteils durch eine

---

[1]) Vgl. das von Hachenburg, Festschr. f. G. Cohn, S. 89 angeführte Bei-
[2]) Friedländer, Konzernrecht, S. 124; Staub-Hachenburg, § 33, 19;
[3]) Brodmann, § 33, 2 g.
[4]) Feine S. 425.

G.m.b.H. zwar nicht die Folgerung, daß die Gesellschaft zu bestehen aufhört, — Feine allerdings, daß ein Auflösungsbeschluß vorliegt —, aber sie halten den Erwerb des letzten Geschäftsanteils überhaupt nicht für wirksam, weil es ja sonst keine Gesellschafter mehr gäbe.[5]) Es gibt aber noch einen Gesellschafter, und das ist die Gesellschaft selbst. Sie ist ihr einziger Gesellschafter.[6])

Es ist nicht zu bestreiten, daß diese Konstruktion praktisch zu erheblichen Schwierigkeiten führt, da eine Gesellschafterversammlung nicht vorhanden ist, und die Gesellschaft als einziger Gesellschafter mit ihren Anteilen nicht stimmen kann, da sie ja — wie auch sonst beim Erwerb eigener Anteile — neben den anderen mit dem Anteil verknüpften Rechten auch das Stimmrecht verliert. Die Geschäftsführer haben völlig freie Hand und die Kontrolle durch Gesellschafter und Gesellschafterversammlung fällt fort. Diese unerwünschte Konsequenz ist allerdings nicht zu umgehen und muß in Kauf genommen werden.

Hansen[7]) und Unger[8]) geben zu, daß mit dem Erwerb ihrer sämtlichen Geschäftsanteile die Gesellschaft nicht ohne weiteres zu bestehen aufhört. Sie ziehen aber diese Folgerung dann, wenn der Besitz sämtlicher Anteie von der Gesellschaft als ein dauernder in Aussicht genommen ist. Ein nur vorübergehender Erwerb soll diese Folge nicht nach sich ziehen. Man kann aber die Folgen des Erwerbs nicht daraus herleiten, welche Motive die Gesellschaft bei dem Erwerb geleitet haben. Und in welchem Zeitpunkt soll der Untergang der Gesellschaft eintreten, wenn die Gesellschaft die Anteile zwar nur zu vorübergehendem Zweck erwerben wollte, sie aber infolge unvorhergesehener Umstände nicht wieder veräußern kann und sie daher dauernd behält? Und wie soll sich hier der Untergang der Gesellschaft nach außen bemerkbar machen? Die von Unger und Hansen angestrebte Lösung ist m. E. praktisch nicht verwertbar. Noch weiter geht Seemann, der annimmt, daß die G.m.b.H. mit dem Erwerb aller eigenen Geschäftsanteile immer zu bestehen aufhört. Er geht von der hier abgelehnten Meinung aus, daß der Gesellschaft in diesem Falle jeder Gesellschafter fehlt.[9]) Infolgedessen fehle jedes körperschaftliche Leben, und da die Geschäftsführer das Stimmrecht für die eigenen Anteile nicht ausüben können, könne ein solches auch nicht — wie bei der Einmann-Gesellschaft — fingiert werden. Die Folge des Erwerbs sämtlicher eigenen Geschäftsanteile sei daher, daß die Gesellschaft entweder in das Liquidationsstadium trete, nämlich dann, wenn in der Satzung bestimmt ist, an

---

[5]) Gegen diese Ansicht auch Seemann S. 5.
[6]) Seemann S. 25 und Feine S. 416 bestreiten allerdings, daß die
[7]) Hansen, S. 38 ff.
[8]) Unger, S. 64 ff.
[9]) Seemann S. 22.

wen das Vermögen der G.m.b.H. für den Fall ihrer Auflösung fallen soll, oder, wenn dies nicht der Fall ist, daß ihr Vermögen sofort an den Fiskus falle. Seiner Ansicht kann deshalb nicht gefolgt werden, weil hier von der Voraussetzung ausgegangen wird, daß die Gesellschaft ihr eigener Gesellschafter ist. Deshalb kann die Gesellschaft, wie sonst eine Einmann-Gesellschaft, weiter fortbestehen. Man muß sich daher trotz allen unerwünschten Folgen damit abfinden, daß der Erwerb sämtlicher eigener Geschäftsanteile durch eine G.m.b.H. und ebenso der Erwerb sämtlicher eigener Aktien durch eine A.G. den Weiterbestand der Gesellschaft nicht berührt.

LEBENSLAUF.

Am 23. April 1910 wurde ich in Berlin als Sohn des Kaufmanns Moritz Stein und seiner Ehefrau Fanny, geb. Schrager, geboren. Ich besuchte von Michaelis 1916 bis Michaelis 1919 die Jüdische Knabenschule zu Berlin und wurde dann nach bestandener Aufnahmeprüfung in die Sexta des Humboldt-Gymnasiums aufgenommen. An dieser Anstalt bestand ich im Herbst 1928 die Reifeprüfung mit dem Prädikat „gut". Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu. Ich studierte die ersten 3 Semester an der Universität Berlin, das 4. Semester an der Universität Freiburg i. Br., das 5. und 6. Semester wiederum in Berlin. Im 7. Semester war ich beurlaubt und meldete mich nach diesem zur ersten juristischen Staatsprüfung beim Kammergericht zu Berlin, die ich am 13. Oktober 1932 mit dem Prädikat „gut" bestand. Am 9. November 1932 wurde ich zum Referendar ernannt und bin seitdem im Vorbereitungsdienst tätig.

Literatur-Verzeichnis.

Ackermann, Bemerkungen zur Tochter- und Einmann-Gesellschaft. Zentralblatt für Handelsrecht 1926, S. 195.

Becker, Die Behandlung eigener Geschäftsanteile der G.m.b.H. Leipziger Zeitschrift 1925, S. 834.

— Der Erwerb eigener Geschäftsanteile nach § 33 G.m.b.H.-Ges. und nach Steuerrecht. Rundschau für G.m.b.H. 1924, S. 479.

Brodmann, Kommentar zum Aktienrecht. 1928.

— Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. 1930.

— Sanierung unseres Aktienwesens. 1931.

Crueger-Crecelius, Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 6. Aufl. 1922

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Bd. 1929.

Fischer, Die Aktiengesellschaft. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. 3. Bd. 1. Abt. 1916.

Flechtheim, Zur Aktienrechtsnovelle. Bankarchiv 1931, S. 10 ff., 27 ff., 65 ff.

Flechtheim-Wolff-Schmulewitz, Die Satzungen der Deutschen Aktiengesellschaften. 1929.

Friedländer, Heinr., Konzernrecht. 1927.

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. 1933.

Goldschmit, Das neue Aktienrecht. 1932.

— Die Aktiengesellschaft. 1927.

Hachenburg, Zum Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. Festschrift für Georg Cohn. 1915. S. 79.

Hallstein, Die Aktienrechte der Gegenwart. 1931.

Hansen, Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Leipziger Diss. 1912.

Horrwitz, Hugo - Horrwitz, Walter - Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht. 1932.

Kronstein, Die abhängige juristische Person. 1931.

Lehmann-Hirsch, Verordnung über Aktienrecht. 1931.

Liebmann-Saenger, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1927.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.

Mellinger, Vom Aktienrückkauf. Die Bank. 1931. S. 356.

Netter, Ueber Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktiennovelle. Zentralblatt für Handelsrecht. 1931. S. 241.

Neufeld, Die aktienrechtlichen Vorschriften der Verordnung vom 19. September 1931. 1932.

— Der Erwerb eigener Aktien. Jur. Wochenschrift. 1931. S. 3040.

Neukamp-Becker, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. 5.—7. Aufl. 1922.

Nord, Die Rechte des Aktionärs und die Folgen ihrer Verletzung. 1925.

— Kapitalrückzahlungen an Aktionäre. Zentralblatt für Handelsrecht. 1931. S. 176.

Nussbaum, Aktienerwerb zwecks Ausschaltung einer Minorität. Jur. Wochenschrift. 1929. S. 2109.

Parisius-Crueger, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. 4. Aufl. 1906.

Pinner, Albert, Aktiennovelle und Bankenaufsicht. 1931.

Pinnner, Heinz, Zur Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über Steueramnestie vom 19. September 1931. Jur. Wochenschrift. 1931. 2930.

Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 1882.

Quassowski, Die Vorschriften der Aktiennovelle über Publizität, eigene Aktien und Einziehung von Aktien. Jur. Wochenschrift. 1931. S. 2914.

Rheinstrom, Das neue Aktienrecht. 1932.

Rosendorff, Das neue deutsche Aktienrecht. 1932.

Runkel-Langsdorff, Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. 1906.

Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. 1928.

Schmulewitz, Die Verwaltungsaktie. 1927.

Scholz, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz. 1928.

Seemann, Der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1930.

Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. 5. Aufl. 1926.

Staub-Pinner, Kommentar zum HGB. 2. Bd. 12.—13. Aufl. 1926.

— Nachtrag zur 12.—13. Aufl., enthaltend die Vorschriften der Verordnung über Aktienrecht. 1932.

Unger, Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. 1925.

Weisbart, Aktiengesellschaft und Konzern, in Ring-Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaften, S. 419.

Wieland, Handelsrecht. 2. Bd.: Die Kapitalgesellschaften. 1931.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung
II. Entwicklungsgeschichte des Verbots des Erwerbs eigener Aktien durch die verschiedenen Stadien des HGB hindurch 5
III. Blick auf die ausländische Gesetzgebung 8
IV. Gründe für und gegen das Verbot bei der A.G. und der G.m.b.H. 11
V. Die Durchführung des Verbots 19
VI. Die dem Erwerb eigener Aktien gleichgestellten Fälle 25
VII. Das Verhältnis von § 226 zu § 213 HGB und des § 33 zu § 30 des G.m.b.H.-Gesetzes 27
VIII. Die Ausnahmen von dem Verbot 31
A. Aktienrecht 31
B. G.m.b.H.-Recht 39
C. Nicht im Gesetz geregelte Ausnahmefälle 39
VIII. Die Folgen des verbotswidrigen Erwerbs 42
A. Die Frage der Wirksamkeit des Erwerbs 42
B. Die Ersatzpflicht der Verwaltung 45
IX. Der Erwerb durch eine abhängige Gesellschaft 54
XI. Der Einfluß des Erwerbs auf die mit der Aktie bzw. dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte 61
XII. Die Vereinigung sämtlicher Anteile in der Hand der Gesellschaft 68
Literaturverzeichnis 71